v. Fischer.

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den

Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Erster Band.

Tübingen, 1888.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Inhaltsübersicht des ersten Bands.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

B. In Strafsachen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichtes.

A. in Civilsachen.

1.

Ist der Vollmachtgeber berechtigt, den Widerruf der Vollmacht geltend zu machen, wenn dieser Widerruf nicht zur Kenntnis des dritten Kontrahenten gekommen ist?

Der Beklagte hat seinem Beauftragten eine schriftliche Vollmacht ausgestellt und übergeben, worin er diesen zum Verkauf einer Reihe von Grundstücken ermächtigt hat. Dem Kläger gegenüber, welcher mit dem Bevollmächtigten einen Kauf abgeschlossen hat, behauptet der Beklagte, er habe jene Vollmacht widerrufen, ehe jener Kauf abgeschlossen worden sei. Dieser sei daher ungültig. Der Einwand wurde verworfen.

Gründe: Der bei der actio institoria geltende, von der allgemeinen Regel abweichende Rechtssatz, daß derjenige, welcher mit dem Institor nach dem Widerruf des Auftrags kontrahiert hat, den Geschäftsherrn belangen kann, wenn er vor dem Geschäftsabschluß von dem Widerruf keine Kenntnis erhalten hat, s. l. 11 § 3—5 D. de inst. act. 14. 3., ist zwar von dem deutschen Handelsgesetzbuche insbesondere bezüglich des Verhältnisses der Prokuristen, der Gesellschafter, und der Vorstände von Aktiengesellschaften adoptiert worden, s. HGB. Art. 46. 115 233 vergl. mit A. 25. 129. 155, und im Gegensatz zu der Regel des römischen Rechts hat ein deutsches Gewohnheitsrecht, den

Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend, das Prinzip der wahren direkten Stellvertretung bei Eingehung von Rechtsgeschäften, wornach der Prinzipal unmittelbar aus dem Geschäft Rechte erwirbt und wie bei der actio institoria dem dritten unmittelbar verpflichtet wird, anerkannt und eingeführt; dennoch kann, insofern jene Bestimmungen sich auf besondere Verhältnisse beziehen, der vorangestellte Rechtssatz bezüglich des Wissens des dritten Kontrahenten nicht allgemein bei jedem Auftrag in Anwendung gebracht werden. Dagegen ist eine analoge Anwendung nicht ausgeschlossen und diese Analogie trifft bei dem Vorliegen einer schriftlichen Vollmacht zu, wenn sie namentlich zum Abschluß einer Reihe von Rechtsgeschäften bestimmter Art ermächtigt. Aehnlich der Bestellung eines institor enthält die Ausstellung und Uebergabe einer schriftlichen Vollmacht eine offene Erklärung des Geschäftsherrn an diejenigen, welche mit dem Bevollmächtigten in Geschäftsverkehr treten, daß er die mit letzterem abgeschlossenen Geschäfte als die seinigen anerkennen werde; die Vollmacht gibt diesen Willen kund und mit diesem Willen verknüpft sich, nachdem er in der Offerte des Bevollmächtigten seine nähere thatsächliche Gestaltung bekommen hat, der Wille des Kontrahenten, indem er mit dem Bevollmächtigten das Geschäft abschließt. Der dritte Kontrahent ist berechtigt, auf Grund der Vollmacht in Geschäfte mit dem Bevollmächtigten sich einzulassen und die durch die Vollmachtsurkunde repräsentierte Willenserklärung des Mandanten solange als fortdauernd anzunehmen, bis ihm die Aenderung derselben, bestehe sie in einem gänzlichen Widerruf oder in einer bloßen Einschränkung, bekannt geworden ist, gleichwie bei der actio institoria der Präponens die vom Institor nach dem Verbot mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte anerkennen muß, wenn er das Verbot nicht auf irgend eine Weise dem dritten bekannt gemacht hat. Selbstverständlich ist es, daß die Vollmacht dem Bevollmächtigten übergeben und dem dritten Kontrahenten zur Kenntnis gekommen sein muß.

Entscheidung des Oberlandesgerichts in Sachen Füller c. Ramminger v. 2. November 1882.

2.

Rechtliche Natur des Ersatzanspruchs eines Ortsarmenverbands für geleistete Alimente gegenüber von den Alimentationsverpflichteten. Voraussetzung der Alimentationsverbindlichkeit der Kinder.

Der Ortsarmenverband zu K. hat den seit dem Jahre 1865 im Irrenhaus befindlichen Johann D. von K. von dem Jahre 1876 an mit einem jährlichen Aufwand von 300—450 M. unterstützt und verlangt nun den Betrag dieser Unterstützungen zu zwei Dritteilen von der Ehefrau, zu einem Dritteil von den Kindern des Unterstützten ersetzt. Von dem ersten Richter wurde die Ehefrau zur Bezahlung von 2009 M. verurteilt, die Klage gegen die Kinder aber abgewiesen. In der zweiten Instanz wurde auch die Klage gegen die Ehefrau abgewiesen und die Berufung gegen die Abweisung der Klage gegen die mitbeklagten Kinder zurückgewiesen aus nachstehenden Gründen:

1. Gemäß der Vorschrift des § 62 des Reichsgesetzes vom 6. Juni 1870 vollzieht sich der Erwerb des Anspruchs auf Ersatz für die geleistete Unterstützung gegenüber von dem civilrechtlich zur Alimentation Verpflichteten ohne irgend welche weitere Voraussetzung mit der Thatsache der von Seiten des unterstützenden Armenverbands nach Maßgabe des § 62 geleisteten Unterstützung von selbst in der Weise, daß derselbe in eben dem Maße und unter denselben Voraussetzungen begründet erscheint, als dem Unterstützten auf die betreffenden Leistungen ein Recht zusteht [1].

2. Was nun aber zunächst den gegen die Ehefrau des D. erhobenen Ersatzanspruch betrifft, so ermangelt es solchem

---

1) Bähr in der krit. Vierteljahrsschrift B. 25 S. 552; Mandry, civilr. Inhalt, 3te Auflage S. 367; Entsch. d. Reichsg. B. 2. S. 47. — And. A.: Dernburg, Lehrb. d. Preuß Privatrechts B. 2, S. 805 N. 16, B. 3 S. 13; Eck in Holtzendorff's Rechtslex. 3te Aufl. B. 2. S. 860, s. auch Seuff. Archiv B. 33 S. 418.

an der für jede Alimentationspflicht erforderlichen Voraussetzung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten [1]), welche näher dahin zu bestimmen ist, daß dem Verpflichteten hiezu, ohne durch seine Leistung selbst in Not zu geraten, oder auch nur der Gefahr eigener Verarmung sich auszusetzen, genügende Mittel zu Gebot stehen müssen [2]). Erwägt man nemlich, daß unter der zu 6500 M. taxierten Liegenschaft der Beklagten, auf welcher 250 M. Pfandschulden haften, sich Haus- und Scheueranteil taxiert zu 2399 M. befinden, bezüglich welcher nicht bestritten worden ist, daß sie andern Nutzen als Wohnung und Raum für die Felderzeugnisse der Beklagten nicht gewähren, wie auch ihre unbedeutende Fahrnis im Wert von circa 400 M. einen Ertrag nicht abwirft, daß also nach Abzug dieser Werte der Beklagten schuldenfreie Feldgrundstücke nur im Wert von nicht ganz 4000 M. verbleiben, welche sie in ihren vorgerückten Jahren ohne fremde Beihülfe nicht bebauen kann, erwägt man ferner, daß erfahrungsgemäß von Gütern nach Abzug der Baukosten kaum 4 % ihres Kapitalwerts als Ertrag zu erzielen sind, so muß angenommen werden, daß der Beklagten, welche bei ihren Jahren auf anderweiten Erwerb durch Arbeitsverdienst nicht rechnen kann, nach Bestreitung ihres eigenen Unterhalts von jenem Ertrag nichts übrig bleibt, was sie zur Alimentation ihres Ehemanns verwenden könnte. Sollte aber, um hiezu Mittel zu erlangen, die Substanz ihres Vermögens angegriffen, d. h. irgend welch' nennenswerter Teil ihrer Liegenschaft zum Verkauf gebracht werden, so wäre hiemit derselben die Gefahr eigener Verarmung nahe gerückt, da es alsdann sehr leicht sich ereignen könnte, daß der Ertrag des ihr verbleibenden Restes für ihre eigenen Bedürfnisse nicht mehr zureichen würde, also sofort zu weitern Verkäufen geschritten werden müßte.

1) l. 5 § 13. 15. 26. Dig. 25. 3. l. 2 Cod. 5. 25; Entsch. des Reichsg. B. 4. Nr. 44.

2) Harpprecht, de fontibus jur. württ. S. 109; Holzschuher, Casuistik B. 1. S. 571. Ziff. 8.; Mandry, Familiengüterrecht B. 1. S. 263; Entsch. d. Reichsg. B. 5. S. 160.

3. Anbelangend sodann die Klage, soweit solche gegen die beiden mitbeklagten D.'schen Kinder gerichtet ist, so erscheint solche nach der Sachlage gleichfalls als unbegründet. Nach ungezwungener Auslegung der Vorschrift des Landrechts T. 4 Tit. 14 ist solche dahin zu verstehen, daß den Eltern kein Anspruch auf Alimentation durch ihre Kinder zusteht, wenn sie ihre Armut selbst verschuldet haben. Die Annahme der Klägerin, es seien die Worte des Gesetzes „daran sie keine Schuld tragen" nur auf die unmittelbar voranstehenden Worte „Unglück oder Unfall" zu beziehen, erscheint als eine völlig willkürliche und kann weder in der Stellung der Worte im Satze noch in innern Gründen ihre Rechtfertigung finden.

Die der im Württ. Archiv B. 3. S. 405 mitgeteilten Entscheidung des Obertribunals vom 5. Mai 1838 zu Grunde liegende Auslegnng des Gesetzes ist auch seither von dem höchsten Landesgericht festgehalten worden. Daß nun im vorliegenden Fall die Geisteskrankheit des Vaters der Beklagten durch seine Trunksucht herbeigeführt wurde, ist erwiesen.

Entscheidung des Oberlandesgerichts v. 29. April 1886 in Sachen der Sophie D. u. Gen. gegen die Ortsarmenbehörde K.

3.

Subsidiarität der Betrugsklage? Erfordernis einer Vermögensverminderung?

I. Die rechtliche Statthaftigkeit der Betrugsklage ist wegen ihrer angeblich nur aushilflichen Natur nicht zu beanstanden.

Denn auch wenn man den in l. 1 § 8 — l. 6 D. 4, 3 ausgesprochenen Satz, daß wenn von einem Dritten Schadenersatz verlangt werden kann, gegen den Betrüger selbst die Betrugsklage nicht angestellt werden dürfe, als noch heut zu Tag in Geltung stehend ansehen wollte, ist derselbe im vorliegenden Fall nicht anwendbar; denn nach dem klaren Ausspruch der angeführten Gesetzesstellen ist für die Versagung der Betrugsklage vorausgesetzt, daß feststehe, daß von dem

haftpflichtigen Dritten der Ersatz wirklich und vollständig zu erlangen, insbesondere daß er hiefür zahlungsfähig sei: l. 4 — 6 D. cit. Dieß trifft aber im vorliegenden Fall deßhalb nicht zu, weil nicht nachgewiesen ist, daß die durch das Versäumnisurteil vom 19. August 1885 verurteilten beiden Brüder Devries über den Wert der von ihnen dem Kläger in Versatz gegebenen, beziehungsweise verkauften, Schmucksachen hinaus, zahlungsfähig und an dem von ihnen angegebenen Wohnort mit Erfolg zu belangen seien.

II. Wenn feststünde, daß Kläger durch einfachen, und ihm jederzeit möglichen Verkauf der Schmuckwaaren im Stande sei, nicht bloß das von ihm auf Grund des Vertrags Ausgelegte, also sowohl die bezahlten 2300 M. als auch die hieraus, bis zum Tag des möglichen Verkaufs, also bis zu der durch Nathan Devries verweigerten Auslösung der Sachen, zu entrichtenden Zinsen zu decken, sondern auch die versprochene Provision von 270 M. zu erlangen, so würde Kläger allerdings eine Verminderung seines Vermögens nicht erleiden; eine solche ist aber auch zur Begründung eines Betrugs im civilrechtlichen Sinn nicht unbedingt nöthig, es genügt, daß feststeht, daß Kläger den Kauf des Schmucks ohne jene Täuschung über die bevorstehende Einlösung (Rückkaufsausübung) nicht abgeschlossen haben würde, und wäre die Betrugsklage nur dann ausgeschlossen, wenn sich ergäbe, daß Kläger an ihr keinerlei Interesse habe, daß er durch den Vertrag in keinem Rechte verletzt sei (Mommsen, Haftung der Contrahenten 3. S. 156 f.; R. O. H. G. Entsch. Bd. 5 S. 324); dieses letztere kann aber hier, wie schon erwähnt, mit Grund nicht gesagt werden, sofern Kläger ein erhebliches Interesse daran hat, mit Aufsuchung eines Käufers für den Schmuck sich nicht befassen zu müssen, sondern durch einfache Baarzahlung zu seinem Gelde wiederzukommen.

Von den Sachverständigen ist aber der Schmuck nach wiederholter genauer Untersuchung auf nur 2000 M. geschätzt worden, und es liegt, wie schon bemerkt, kein zureichender Grund vor, an der Richtigkeit dieser Schätzung zu zweifeln;

sollte sie aber je zu niedrig gegriffen sein, und eine andere Schätzung etwa 2300 oder 2500 M. als den richtigen Wert des Schmucks bezeichnen, so würde selbst hieraus nicht abzuleiten sein, daß Kläger bei seinem Verkauf desselben — bei dem bekannten großen Unterschied zwischen Laden- und Trödelwert, beziehungsweise zwischen „Wert" und wirklichem Erlös, diesen höheren Preis erzielen würde und hiedurch sich vollständig schadlos halten könnte. Jedenfalls ist ihm, der nur in Erwartung der Erfüllung des Rückkaufsversprechens auf das Geschäft sich eingelassen hat, nicht zuzumuten, daß er selbst mit der Mühe und der Gefahr der Veräußerung des Schmucks sich befasse, vielmehr sein Verlangen gerechtfertigt, daß dieß den Beklagten überlassen bleibe.

Urteil des Oberlandesgerichts in Sachen Levi und Bloch c. Michel vom 6. Juli 1886.

4.

Auslegung eines letzten Willens. Ist eine Erbeinsetzung von einer Bedingung abhängig gemacht, welche nicht in der Absicht des Testators lag, so gilt sie für nicht beigefügt.

Am 22. März 1885 starb der Bauer Johannes M. von Hegensberg, nachdem ihm seine Ehefrau schon im Jahre 1860 im Tode vorangegangen war. Mit derselben hatte er am 19. Januar 1858 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dessen § 1 gesagt war: „Zu Erben seiner Verlassenschaft „ernannt I, der Ehemann für den Fall seines Vorabsterbens: „A, seine Ehefrau Rosine Katharine geb. L. zu einer Hälfte, „und, in Ermanglung von Kindern, B, Seitenverwandte, (Ge„schwisterkinder und Geschwisterenkel) zur andern Hälfte." Zu den im Testament eingesetzten Geschwisterenkel gehören die Kläger. Nach Intestatgrundsätzen wären dieselben durch die Beklagten als Geschwisterkinder ausgeschlossen. Die Kläger verlangen die Verteilung des Nachlasses des Johannes M.

auf Grund des Testaments vom 19. Januar 1858. Der Richter I. Instanz hat die Klage abgewiesen, weil nach dem Wortlaut des Testaments die Kläger nur für den nicht eingetretenen Fall des Vorabsterbens des testierenden Ehemanns vor seiner Ehefrau eingesetzt seien. Das Urteil wurde abgeändert aus nachstehenden Gründen:

I. Zwar kann es dem Richter nicht zustehen, eine testamentarische Willensverordnung zu ergänzen, beziehungsweise etwas zu supplieren, was im Testamente nicht ausgesprochen ist. Seuff. Arch. 29 No. 248. Auch bestimmt l. 25 § 1 D. legatis III: Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Dagegen ist der Richter befugt, den wirklichen Sinn einer letzten Willenserklärung im Wege der Auslegung zu ermitteln. Auch ist der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, daß die an sich klaren und unzweideutigen Worte des Testierers den wahren Willen desselben nicht hinter sich haben. Hiezu genügt allerdings nicht eine für den gegenteiligen Willen des Testierers beigebrachte Vermutung; vielmehr kann dieser Gegenbeweis nur durch den Nachweis erbracht werden, daß der Testierer in seiner Erklärung, die Testamentsurkunde enthalte seinen wahren letzten Willen, sich geirrt, daß er etwas, was er im Testamente gesagt, nicht gewollt habe. Seuff. Arch. 15 No. 31. Kann insbesondere bewiesen werden, daß eine Bedingung, von welcher eine Erbeinsetzung dem Wortlaute nach abhängig gemacht ist, nicht in der Absicht des Testators gelegen war, so hat der Zusatz als nicht beigefügt zu gelten. l. 9 § 5 D. 28,5 hered instit: si conditionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. Sintenis III § 171 bei Note 45, S. 386. Glück, Comm. Bd. 38 S. 441, 442.

II. Indem Johannes M. in dem von ihm am 19. Januar 1858 mit seiner damaligen ersten Ehefrau errichteten reciproken Testamente für den Fall seines Vorabsterbens A, seine Ehefrau und B, Seitenverwandte (letztere mit den aus § 1 des Testamentes ersichtlichen Substitutionen) je zur Hälfte

zu Erben eingesetzt hat, wie andererseits die Ehefrau für den Fall ihres Vorabsterbens ihren Ehemann zur einen Hälfte, ihre Verwandten zur andern Hälfte einsetzte, ist allerdings dem Wortlaute nach auch die Einsetzung der Verwandten je des einen (testierenden) Gatten von dem Ueberleben des andern (honorierten) Gatten abhängig gemacht. Allein aus dem übrigen Inhalte des Testamentes und den Umständen ergibt sich, daß der Erblasser nicht gewollt haben kann, daß im Falle er seinen Gatten überlebe, das Testament destitut werden, die von ihm im Testamente eingesetzten Verwandten ihn nicht aus dem Testamente beerben sollen.

1. Setzt der eine Ehegatte, wie im vorliegenden Falle geschehen ist, auf den Fall seines Vorabsterbens den andern Gatten ein, so ist der Einsetzung nicht eine eigentliche Bedingung beigefügt; es handelt sich vielmehr um eine notwendige Voraussetzung. Ueberlebt der andere Gatte den Testierer nicht, so kann er gar nicht Erbe werden. Windscheid § 87 a. E. Daß nun diese selbstverständliche Voraussetzung der Einsetzung des andern Gatten, welcher in reciproken Testamenten der Ehegatten mit den bezeichneten Worten gewöhnlich noch ausdrückliche Erwähnung geschieht, im vorliegenden Falle auch in eine grammatikalische Beziehung zu der Einsetzung der Verwandten gebracht ist, läßt an sich schon eine stilistische Ungenauigkeit vermuten. Es ist unmöglich, daß Ehegatten, welche ein reciprokes Testament errichten, nur für den Fall des Todes des zunächst Versterbenden, nicht auch für den Fall des Todes des Ueberlebenden ihre Dispositionen treffen wollen und treffen. Haben auch die Ehegatten keinen Grund, für den Fall des Ueberlebens jetzt schon unwiderrufliche Verfügungen über den Nachlaß des Ueberlebenden zu treffen, da sie die Gestaltung der Verhältnisse nicht im Voraus wissen können, insbesondere die Möglichkeit einer Wiederverehelichung des Ueberlebenden in betracht kommt, (Württ. Arch. 16 S. 107), so verhält es sich doch anders bezüglich widerruflicher, testamentarischer Verfügungen.

2. Die testierenden Ehegatten haben denn auch im Ein-

gange ihres Testamentes die Absicht erklärt, über ihre dereinstige Verlassenschaft Verfügung zu treffen, nicht bloß über den Nachlaß des Zuerst-Versterbenden.

Am Schlusse des Testaments erklären sie sodann, daß dasselbe ihren letzten Willen enthalte, den sie nach ihrem Tode [nicht: nach dem Tode des Zuerst-Versterbenden] vollzogen wissen wollen.

3. Es haben ferner die Ehegatten, und zwar jeder Gatte zur Hälfte, Legate ausgesetzt, welche auf Ableben des zuletzt Absterbenden fällig sein sollten. Solche Verfügungen sind nach württ. Rechte nicht als vertragsmäßig bindende Bestimmungen zu Gunsten Dritter zu betrachten, und insbesondere auch zur Zeit der Testamentserrichtung nicht so betrachtet worden. Es wären diese Legate also, falls auch die eingesetzten Seitenverwandten des Ehemanns wegen Defizienz der Bedingung die Erbschaft aus dem Testamente nicht erwerben könnten, für den Anteil des Ehemanns zusammengefallen, soweit sie nicht etwa durch die Klausel omni meliore modo aufrechterhalten werden konnten. Die Aussetzung der Legate Seitens des Ehemanns zeigt also wenigstens, daß er auch auf den Fall seines Ueberlebens letztwillige Dispositionen zu treffen beabsichtigte; womit sich die Abhängigmachung der Einsetzung der Verwandten von der in Rede stehenden Bedingung nicht reimen will.

4. Beide Ehegatten haben denn auch in dem am 8. November 1860 (drei Tage vor dem Tode der Ehefrau) errichteten Nachtrage zu ihrem Testamente bestimmt: sie wünschen, daß dieser Nachtrag gleich dem Testamente nach ihrem beiderseitigen Ableben ungeschmälert und unverbrüchlich eingehalten werden solle. Dieß zeigt klar, daß auch für den Fall des Ueberlebens eines Gatten die Erbeinsetzuug seiner Verwandten gelten sollte, und daß also die derselben beigefügte Bedingung dem wahren Willen der Testierer nicht entsprach.

5. Der Ehemann hat insbesondere seine Seitenverwandten unter Abänderung der Intestaterbfolge in der Weise honoriert, daß er statt der Schwestertochter Katharine Kübler, geb. Wehr, deren eheliche Deszendenz eingesetzt hat, und daß er in Ab-

weichung von Intestaterbgrundsätzen verfügte: Wenn einer der eingesetzten Verwandten (Geschwister, resp. Geschwisterkinder und Geschwisterenkel) vor ihm ableben sollte, so sollen dessen Deszendenten denjenigen Teil erhalten, der dem verstorbenen parens zugefallen wäre. Es sollten also neben vollbürtigen Geschwistern auch Enkel verstorbener vollbürtiger Geschwister berufen sein; wenn allein Kinder vollbürtiger Geschwister vorhanden seien, sollten auch diese nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen teilen; ebenso sollten die Enkel vollbürtiger Geschwister, die neben Geschwistern und Geschwisterkindern berufen sind, teilen. Es läßt sich kein Grund absehen, warum der Testator diese Bestimmungen nur für den Fall seines Vorablebens vor seiner Ehefrau gewollt haben sollte, und nicht auch für den Fall, daß er seine Ehefrau überlebte. Es passen die in Rede stehenden Bestimmungen des Testaments auch für den Fall, daß der Ehemann nach seiner Ehefrau sterben würde. Die Gründe zur Aenderung der Intestaterbfolge der Seitenverwandten trafen für beide Fälle in gleicher Weise zu. Hätte für den Fall des Vorabsterbens der Ehefrau der Ehemann es beim Intestaterbrecht seiner Seitenverwandten bewenden lassen wollen, so hätte dieß wohl irgendwie Ausdruck gefunden.

Unter diesen Umständen kann nicht bezweifelt werden, daß es, als die Ehegatten in dem Testamente von 1858 sich gegenseitig zur Hälfte als Erben einsetzten, und an der andern Hälfte, zu welcher sie Verwandte als Erben beriefen, dem Ueberlebenden den Nießbrauch konstituierten (womit sie im wesentlichen dasselbe bezweckten und erreichten, was sie erreicht haben würden, wenn sie sich gegenseitig zu Universalerben ernannt, und auf den Tod des Ueberlebenden die beiderseitigen Verwandten substituiert hätten) nur auf einem stilistischen Versehen des Testamentsverfassers beruhte, daß derselbe die bei reciproken Testamenten der Ehegatten gebräuchliche Formel: „für den Fall des Vorabsterbens des testierenden Gatten" nicht bloß mit der Einsetzung des andern Gatten, bei welcher sie selbstverständlich ist, sondern auch mit der Erbeinsetzung der neben dem andern Gatten berufenen Verwandten in grammatikalische

Beziehung brachte, und so dieser Einsetzung eine Bedingung beifügte, welche von dem Testierer sicher nicht beabsichtigt war, und deßhalb für nicht beigefügt zu gelten hat.

Demgemäß sind die Kläger aus diesem Testament zu den von ihnen behaupteten Quoten erbberechtigt.

Entsch. des Oberlandesgerichts in Sachen des Christoph M. c. Sp. vom 11. Juli 1886.

5.

Trifft der Gerichtsstand des § 22 oder der des § 32 der C.P.O. auf Klagen aus § 1 des Haftpflichtgesetzes zu, welche gegen die K. Württembergische Staatsfinanzverwaltung, vertreten durch die K. Generaldirektion der Eisenbahnen, erhoben werden?

1. Der thatsächliche und rechtliche Grund der vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzforderung ist, soweit diese auf den § 1 des Haftpflichtgesetzes gestützt wird, ein anderer, als soweit sie aus den Bestimmungen des § 2 des letztern und des § 120 der G.O. abgeleitet wird. Da hienach der Kläger eventuell mehrere Ansprüche gegen die Beklagte in einer Klage verbunden hat, so muß für jeden dieser Ansprüche nach § 232 C.P.O. das vom Kläger angerufene Prozeßgericht zuständig sein. Diese Zuständigkeit ist nun, soweit die Klage auf den § 1 des Haftpflichtgesetzes gestützt wird, nicht begründet.

2. Mit Unrecht hat nämlich der vorige Richter seine Zuständigkeit für letztere Klage nach Maßgabe des § 22 C.P.O. als zutreffend erachtet. Der Gerichtsstand dieses Paragraphen setzt eine Niederlassung voraus, „von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden." Schon diese Worte weisen darauf hin, daß das Gesetz eine Niederlassung mit selbstständigem Geschäftsbetrieb im Auge hat, d. h. eine solche, an welcher die Geschäfte der Hauptniederlassung, falls eine solche besteht, nicht bloß vermittelt werden, an welcher vielmehr die Organe der Niederlassung, wenn sie Geschäfte abschließen, auf Grund ihrer freien Willensentschließung, nicht

lediglich als Vertreter der Hauptniederlassung handeln. Diese Auslegung wird bestätigt durch die Geschichte der Entstehung jenes Paragraphen. Derselbe ist nämlich nach den Motiven (Hahn, Mater. II, 153) dem § 5 des Nürnberger Entwurfs betreffend die in den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe nachgebildet. Nach dem gleichfalls in jenen Motiven a. a. O. citierten Bericht der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs über den erwähnten Entwurf S. 35 ff. ist nun der Gerichtsstand der Niederlassung an dem vom Wohnsitze einer (physischen oder juristischen) Person entfernten Orte begründet, an welchen diese Person den Mittelpunkt des Handelsverkehrs oder eines gewissen seiner äußern Erscheinung nach abgesonderten Kreises des gewerblichen und Geschäftslebens verlegt hat, und an welchem der Geschäftsbetrieb nicht bloß in der Vermittlung der Geschäfte der Hauptniederlassung besteht und sich als ein Ausfluß des Geschäftsbetriebs der letztern darstellt. Geht man von vorstehendem Begriff der Niederlassung aus, so fallen bei einem von einer Zentralstelle aus unmittelbar geleiteten Eisenbahnunternehmen Eisenbahnstationen nicht unter denselben. Die Beamten der letztern schließen zwar Transportverträge mit dem Publikum und Dienstmietverträge mit untergeordneten Bediensteten ab und nehmen die Frachtgelder für Beförderung von Personen und Güter in Empfang. Sie sind aber bei Eingehung jener Verträge an die dießbezüglichen Anordnungen der Hauptverwaltung gebunden, bedienen sich zum Zweck der Ausführung des übernommenen Transports des von dieser Verwaltung zur Verfügung gestellten Betriebsmaterials und Dienstpersonals; sowie der Bahnstrecke des ganzen Eisenbahnunternehmens. Ueberhaupt handeln die Organe der Eisenbahnstationen nur Namens der Hauptverwaltung, und es kann diese nur durch dieselben ihren Geschäftsbetrieb ausüben, so daß der Geschäftskreis der Stationen kein äußerlich von dem der Hauptverwaltung abgegränzter ist [1]).

---

1) Entsch. d. Reichsg. II. 389 ff.; Entsch. d. R.O.H.G. XIV. 402; Anschütz-

Die in Vorstehendem geschilderte Stellung nehmen nun auch die Stationen der württembergischen Staatseisenbahnen zufolge der K. Verordnung vom 20. März 1881 betreffend die Verwaltung und Beaufsichtigung der Verkehrsanstalten (R.Bl. S. 99 ff.) ein, sofern die K. Generaldirektion der Staatseisenbahnen in Stuttgart nach § 7 dieser Verordnung die selbständige Direktivbehörde für die unmittelbare Leitung und Beaufsichtigung des Betriebs der dem Verkehr übergebenen Eisenbahnen, der Verwaltung des für Betriebszwecke bestimmten Staatseigenthums und der Unterhaltung der sämmtlichen für Zwecke des Eisenbahnbetriebs bestimmten Baulichkeiten und Einrichtungen bildet und nach § 8 innerhalb ihres Geschäftskreises die Verwaltung in allen Rechtshandlungen und Rechtsstreitigkeiten vertritt. Die hienach einer württembergischen Eisenbahnstation zukommende Stellung ändert sich auch nicht, wenn an derselben, wie dieß bei der Station Friedrichshafen der Fall ist, sich der Sitz einer Betriebsinspektion und eine Eisenbahnreparaturwerkstätte befindet. Denn die Betriebsinspektion ist lediglich ein Organ der Hauptverwaltung, durch welches diese die Aufsicht über den Betrieb einer größern, das Gebiet der Eisenbahnstation überschreitenden Bahnstrecke ausüben läßt, und welches daher nicht innerhalb eines der betreffenden Station, an welcher jene Inspektion ihren Sitz hat, zugewiesenen Geschäftskreises, sondern lediglich zum Zweck der Förderung des Geschäftsbetriebs des ganzen Eisenbahnunternehmens auf jener Strecke thätig ist. Anders verhält es sich bei den preußischen Betriebsämtern, welchen zufolge einer besondern organisatorischen Bestimmung die Befugnis zur selbständigen Vertretung der Verwaltung in den zu ihrer Zuständigkeit gehörenden Angelegenheiten und zur Erwerbung von Rechten und Begründung von Pflichten für die Verwaltung

---

Völdernborff, Comm. zum G.H.G. I. S. 177 ff.; Hahn, Comm. 3. Aufl. I 106.; Puchelt, Comm. zum H.G.B. 3. A. I. 53, Z. 2; Zeitschrift für H.R. VIII. 548 ff.; Wach, Handb. des Civ.Pr. S. 426; Hellmann, Lehrb. des Civ.Pr. S. 107; Struckmann-Koch, 4. A. S. 19; Wilmowsky-Levy 4. Auf. S. 47; Seuffert 3. Auf. S. 23; Sarwey I, 50.

durch ihre Rechtshandlungen, Verträge, Prozesse, Vergleiche 2c. ausdrücklich eingeräumt ist [1]).

Was aber die Eisenbahnreparaturwerkstätte in Friedrichshafen anlangt, so beschäftigt sich diese mit der Instandhaltung und Wiederherstellung eines Teils des zum Betrieb der württembergischen Staatseisenbahnen notwendigen Materials (Lokomotive, Waggons, Schienen und drgl.), und es ist also der Geschäftsbetrieb dieser Werkstätte nicht von demjenigen des ganzen Eisenbahnunternehmens abgegränzt und er hat auch keinen dem letztern fremden Geschäftszweig zum Gegenstand [2]).

Daß der Generaldirektion der württembergischen Staatseisenbahnen auch die unmittelbare Leitung des Betriebs der Eisenbahnreparaturwerkstätten zusteht, läßt sich gleichfalls aus obigen Bestimmungen der Verordnung vom 20. März 1881 entnehmen.

3. Die Zuständigkeit des Landgerichts Ravensburg für die auf den § 1 des Haftpflichtgesetzes gegründete Klage kann auch nicht durch eine andere Gesetzesbestimmung, insbesondere die des § 32 C.P.O. gerechtfertigt werden. Denn die Haftpflicht des Betriebsunternehmers aus dem citierten Paragraphen beruht nicht auf einer unerlaubten oder wenigstens einer deliktsähnlichen (obl. quasi ex delicto) Handlung der Organe der Eisenbahnverwaltung. Vielmehr haftet, da jene Verpflichtung nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist, der Betriebsunternehmer nach § 1 auch für den durch ein zufälliges Ereignis, welches nicht unter den Begriff der höhern Gewalt fällt, herbeigeführten Unfall, also nur kraft gesetzlicher Bestimmung, nicht wegen eines Delikts [3]).

Wenn hiegegen eingewendet wird, daß auch im Fall des § 2 des Haftpflichtgesetzes ein Verschulden des Haftpflichtigen

---

1) Seuffert, Arch. XXXVII No. 66.

2) Entsch. des Reichsg. II. 391, vgl. mit VIII. 150 f.

3) Entsch. des R.O.H.G. XIII. 71; Entsch. des Reichsg. VI. 384. XIV. 83 und bei Eger, Haftpflichtgesetz, 3. Auf. S. 3 und 4; Seuffert, Arch. XXXI No. 281; Gaupp, I, 104.

nicht erfordert werde, und von dessen Standpunkt aus der Unfall ebenso, wie im Fall des § 1, ein zufälliges Ereignis sein könne, daß daher der Mangel einer Verschuldung in letzterem Fall die Annahme quasideliktischer Natur der Obligation nicht hindere, da im Uebrigen die Obligation nach Entstehung, Inhalt und Zweck sich an die deliktische Obligation anschließe, so kann dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden. Denn im Fall des § 2 liegt stets eine unerlaubte Handlung eines der daselbst bezeichneten Organe des Betriebsunternehmers vor, für welche der letztere als civilrechtlich haftbar erklärt wird, und insofern rechtfertigt sich der Gerichtsstand des § 32 der C.P.O. für die Klage aus § 2 des Haftpflichtgesetzes, da dieser nur objektiv ein Delikt oder Quasidelikt als Grundlage des Klaganspruchs erfordert.

4) Hienach war die Klage, soweit solche auf den § 1 des Haftpflichtgesetzes gestützt wird, wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts abzuweisen.

Entscheidung des Oberlandesgerichts vom 30. September 1886 in Sachen Staatsfinanzverwaltung c. Kaiser.

6.

Konkursordnung § 35 und 38. Aussonderungsanspruch des Verkäufers an von auswärts übersendeten und an den Verkäufer abgelieferten Waren im Konkurse des Letzteren. Einrede des Eigentumsübergangs durch Tradition. Bedeutung der Versäumung rechtzeitiger Mängelanzeige und der Klage auf Bezahlung des Kaufpreises für die Frage vom Eigentumsübergang.

Die Klägerin hat an die Firma Schw. und H. auf deren Bestellung im Mai 1885 15 Ballen Waren von Chemnitz nach Feuerbach übersandt. Die Ware wurde von der Bahnververwaltung an die Adressatin, welche in Feuerbach eine Fabrik hatte, abgeliefert. Diese reklamierten wegen angeblicher Mängel der Ware. Die Klägerin erhob deßhalb Klage auf Bezah-

lung des Kaufpreises von 2681 M. 50 Pf. nebst Zinsen. Die Firma: Schw. und H., welche in diesem Vorprozesse erklärte, sie weise sämmtliche von der Klägerin gelieferte Waren zurück, weil dieselben nicht von der vertragsmäßigen Beschaffenheit seien, und teilweise nicht das fakturierte Gewicht haben, wurde auch durch Teilurteil der Kammer für Handelssachen des K. Landgerichts zu Stuttgart vom 10. September 1885, weil die Mängelanzeige nicht rechtzeitig erfolgt sei und die Ware deshalb als genehmigt gelte, zur Bezahlung von 2605 M. 45 Pf. nebst Zinsen verurteilt, wogegen bezüglich des Restes der klägerischen Forderung ein Beweisbeschluß wegen des behaupteten Gewichtsabmangels erging. Am 25. September 1885 wurde über das Vermögen der Firma: Schw. und H. der Konkurs eröffnet. Nunmehr erhob die Klägerin den Anspruch auf Aussonderung der noch im Gewahrsame der Gemeinschuldnerin befindlichen 14 Ballen aus dem Grunde des Eigentums. Einen Ballen hatte die Beklagte zur Probe ganz oder teilweise verwendet. Die noch vorhandenen 14 Ballen hat sodann der Konkursverwalter am 25. Januar 1886 veräußert, nachdem die Klägerin unter Vorbehalt aller ihrer Rechte ihre Einwilligung hiezu erklärt hatte. Den Erlös von 1654 M. 50 Pf. hat der Konkursverwalter zur Masse eingezogen.

Durch Urteil vom 9. Juni 1886 hat die erste Civilkammer des K. Landgerichts zu Stuttgart — dem Klageantrage im gegenwärtigen Prozesse entsprechend — erkannt: „Der Beklagte ist schuldig, aus der Konkursmasse an die Klägerin 1654 M. 50 Pf. nebst 6 % Zinsen vom 2. Februar 1886 an zu bezahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen".

Die vom Konkursverwalter erhobene Berufung wurde zurückgewiesen mit folgender Begründung:

Daß die Klägerin und zwar noch zur Zeit der Ablieferung der Ware in Feuerbach Eigentümerin derselben war, ist von dem Beklagten nicht bestritten und als zugestanden anzunehmen. Denn er macht geltend, daß das Eigentum an der durch die Ablieferung in Feuerbach in den Gewahrsam der Firma: Schw. und H. gelangten Waare nunmehr durch Tradition auf die

letztere übergegangen sei. Diese Behauptung, welche als Einrede gegen das Klagfundament, als Einrede der Erlöschung des an sich begründeten Eigentums der Klägerin aufzufassen ist, hat der Beklagte darzuthun und zu beweisen. Nach dem in dieser Beziehung in Württemberg geltenden gemeinen Rechte geht das Eigentum durch Tradition nur dann über, wenn nicht nur der Veräußerer die Absicht, das Eigentum zu übertragen, sondern auch der Empfänger die Absicht, das Eigentum zu erwerben, hatte. Der Eigentumsübergang durch Tradition setzt einen Eigentumsübertragungsvertrag voraus [1]). Wenn, wie im vorliegenden Falle, Gegenstand des Kaufes ein genus ist und der Verkäufer die einseitig von ihm ausgewählten oder ausgeschiedenen Sachen zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrages dem Käufer übersendet, so kann in der bloßen Annahme der abgelieferten Ware durch den Käufer noch nicht der Ausdruck des Willens, das Eigentum zu erwerben, gefunden werden. Wenn also nicht aus besonderen Erklärungen oder Handlungen des Käufers hervorgeht, daß er die ihm vom Verkäufer übersandte Ware mit der Absicht des Eigentumserwerbes in Empfang nahm, gelangt in der bloßen Abnahme der Ware von dem mit dem Transporte Beauftragten zunächst nur der Wille des Käufers zum Ausdrucke, die Ware zu detinieren und seiner Verpflichtung zur Abnahme zu genügen, um zu konstatieren, ob dieselbe vertragsmäßig sei [2]). Im vorliegenden Falle liegt nun zunächst mehr nicht vor, als daß an die Firma: Schw. und H. die auf dem Bahnhofe in Feuerbach angelangte Ware von der Bahnverwaltung am 16. oder spätestens 18. Mai 1885 abgeliefert wurde. Daß die Empfängerin die Absicht, Eigentümerin der abgelieferten Ware zu werden, zunächst noch nicht hatte, ergibt sich sogar positiv aus dem Briefe derselben vom 18. Mai 1885, in welchem sie das Gewicht zweier Ballen bemängelte und sich im übrigen den Richtigbefund der Ware bis zur Rückkehr des M. H., der den Kauf abgeschlossen habe, vorbe-

1) Windscheid, Pand. § 171 Note 1.

2) R.G. Bd. 12 S. 80—82 und Urteil des R.G. v. 29. Mai 1885 in Sachen Duckek gegen Strauß und Komp.

hielt. Aber auch für die Folgezeit wußte der Beklagte keine Handlung oder Erklärung der Empfängerin anzuführen, in welcher sich die Absicht des Eigentumserwerbs dokumentiert hätte. Diese Absicht würde insbesondere aus der Genehmigung der gelieferten Ware durch die Käuferin zu folgern sein. Es würde aber auch jede sonstige Handlung, durch welche diese den Willen, den Besitz als Eigentumsbesitz auszuüben, geäußert hätte, insbesondere jede eigentumsmäßige Disposition über die Ware genügen. Nichts derartiges ist geschehen. Vielmehr hat die Käuferin nicht nur in dem Briefe vom 27. Mai 1885 der Klägerin die Anzeige gemacht, daß die Ware nicht vertragsmäßig sei, also die Genehmigung verweigert; sondern sie hat auch im Vorprozesse, auf Bezahlung des Kaufpreises belangt, die Verpflichtung hiezu bestritten, weil die Ware als mangelhaft zur Disposition gestellt sei und damit erklärt, daß sie die Ware nicht als Erfüllung annehme, also nicht Eigentümerin werden wolle. Ob die Mängelanzeige in dem Briefe vom 27. Mai 1885 angesichts der Vorschrift des Art. 347 des H.G.B. nach den in Betracht kommenden Verhältnissen eine verspätete war oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Denn wenn sie auch als verspätet zu betrachten sein möchte, so kann doch aus dem Verhalten der Käuferin, umsoweniger als sie in den Briefen vom 18. und 22. Mai 1885 sich die Untersuchung und Mängelanzeige für später vorbehalten wollte, nicht die Absicht entnommen werden, die Ware zu genehmigen und somit das Eigentum zu erwerben. Denn der Art. 347 Abs. 2 des H.G.B. stellt nicht etwa die Vermutung auf, daß der mit der Anzeige säumige Käufer genehmigen wolle, sondern er sagt, daß, wenn der Käufer mit der Mängelanzeige säumig sei, die Ware als genehmigt gelte. Hiemit ist bestimmt, daß die Versäumung rechtzeitiger Mängelanzeige dieselbe Wirkung, wie die Genehmigung habe, obwohl eine Willensäußerung nicht vorliege. Diese Gesetzesbestimmung bezieht sich aber nur auf die vertragsmäßigen Beziehungen der Parteien untereinander. Die dem Käufer nach H.G.B. Art. 342 Abs. 3 und Art. 346 obliegenden Verpflichtungen

treten nunmehr ein. Die ihm zustehende Befugnis, die Mängel der Ware im Wege der Klage oder Einrede geltend zu machen, verliert er. Auf die Frage vom Eigentumsübergang ist dagegen diese Gesetzesbestimmung nicht von Einfluß. Das H.G.B. enthält überhaupt keine Bestimmungen über die Erfordernisse der juristischen Tradition; es ist also in dieser Beziehung das Landesrecht maßgebend [1]). Das hienach zur Anwendung kommende württemb., beziehungsweise gemeine Recht fordert aber, wie angeführt, zum Eigentumsübergang durch Tradition eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Willensäußerung des Empfängers, Eigentum zu erwerben. Es genügt also nicht, daß der Käufer, ohne daß aus den sonstigen Umständen seine Absicht, Eigentümer zu werden, hervorgeht, die Mängelanzeige nicht rechtzeitig macht,und daß deshalb hinsichtlich des im H.G.B. normierten obligatorischen Verhältnisses zwischen dem Käufer und Verkäufer die Ware als genehmigt gilt.

Darin daß die Käuferin einen Ballen der übersandten Ware probiert und zur Prüfung der Brauchbarkeit ganz oder teilweise in der Fabrik verwendet hat, erblickt die Beklagte selbst nicht eine eigentumsmäßige Disposition über die Ware; wie denn eine solche hierin schon deshalb nicht gefunden werden könnte, weil nicht dargethan ist, daß ein größeres Quantum, als zur Probe erforderlich war, hiezu verwendet worden sei.

Abgesehen von dem hiezu verwendeten Ballen ließ die Käuferin die Waare auf ein abgesondertes Lager verbringen und dort liegen, auch nachdem sie durch das Teilurteil vom 10. September 1885 im Vorprozesse zur Bezahlung des größeren Teiles des Kaufpreises verurteilt worden war. Wenn nun auch die Teilhaber der käuferischen Firma, nachdem sie von diesem Teilurteile Kenntnis erhalten hatten, sich gegen 2 ihrer Bediensteten H. und A. und zwar spätestens in der Zeit zwischen dem 22. und 25. September 1885, an welch letzterem Tage der Konkurs über das Vermögen dieser Firma eröffnet wurde, sich dahin ausgesprochen haben sollten: „sie haben

1) R.O.H.G. Bd. 4 S. 18.

den Prozeß verloren und müssen die Ware behalten;" „sie können nichts machen und müssen die Ware behalten," so kann, da sie die Ware gleichwohl unberührt liegen ließen, in diesen Aeußerungen nicht die Erklärung des Eigentumserwerbswillens gefunden werden; diese ihre Aeußerungen stellen sich vielmehr nur dar als eine Mitteilung des Inhaltes und ihrer Auffassung der Folgen dieses Urteiles oder auch etwa noch als ein bloßes Reden von ihrem Wollen. Es ist insbesondere sehr wohl denkbar, daß die Teilhaber der gemeinschuldnerischen Firma sich scheuten, unmittelbar vor der Eröffnung des Konkurses über eine Ware zu disponieren, welche sie bisher refüsiert hatten. Unerheblich ist es nach dem Ausgeführten auch, daß die Klägerin in dem Vorprozesse unter Aufrechthaltung ihrer Traditionsofferte auf Bezahlung des Kaufpreises geklagt und behauptet hat, die Ware habe, weil die Käuferin nicht rechtzeitig reklamiert habe, als genehmigt zu gelten. Hierin lag nicht einmal die Behauptung, daß die Käuferin Eigentümerin geworden sei. An dem Eigentumsverhältnisse wurde hiedurch nichts geändert. Wenn die Klägerin ihr Eigentumsrecht geltend macht, so kann von einem Dolus derselben keine Rede sein. Sie konnte, nachdem die Käuferin erklärt hatte, daß sie die Waren nicht nehme, ihre Traditionsofferte auch zurückziehen, wie in den Entscheidungen des R.G. in Seuff. Arch. Bd. 40 Nr. 301 und in der Jurist. Wochenschrift von 1886 Nr. 29, 30 S. 250 ausgeführt ist. Es haben dieselben keineswegs den Inhalt, den der Vertreter der Beklagten in denselben findet. Entscheidend ist, daß die Käuferin vor Eröffnung des Konkursverfahrens den Willen, das Eigentum an den in der Masse noch vorhandenen 14 Ballen zu erwerben, weder ausdrücklich noch stillschweigend dokumentiert hat, und also das Eigentum der Klägerin hieran nicht erloschen ist.

Die Klägerin hat deshalb auch mit Grund nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Käuferin in erster Linie ihren Anspruch als Aussonderungsberechtigte geltend gemacht. Ihren Schadensersatzanspruch sich vorzubehalten konnte ihr nicht verwehrt werden. Die Feststellung ihrer Kaufsschillings-

forderung hat sie nur für den Fall, daß sie mit dem Aussonderungsanspruche unterliege, beantragt. Ein diesen Anspruch elidierendes Anerkenntnis, daß das Eigentum der Klägerin auf die Käuferin übergegangen sei, liegt überall nicht vor. Ob die Klägerin die Feststellung ihrer Prozeßkostenersatzforderung im Konkurse neben dem Absonderungsrechte beantragen wollte und konnte, berührt den gegenwärtigen Prozeß nicht.

Dem Vorstehenden zufolge ist die Klägerin, da sie hienach die Aussonderung der 14 Ballen, welche der Beklagte nach der Eröffnung des Konkursverfahrens veräußert hat, beanspruchen konnte, gemäß dem § 38 der K.O. befugt, die Herauszahlung des zur Masse eingezogenen Erlöses von 1654 M. 50 Pf. nebst den vom Beklagten eventuell anerkannten Zinsen zu 6 % vom 2. Februar 1886 an zu verlangen.

Urteil des I. Civ. S. des O.L.G. vom 3. Dezbr. 1886 in S. des Konkursverwalters der Firma Schw. und H., Bekl., Berfgskl., gegen die Firma G. und H., Klrin., Berfgsbekl.

7.

Verpfändung der in einer Kunstwollefabrik vorhandenen Vorräte an fertigen, halbfertigen und in rohem Zustande befindlichen Wollewaren mit den Fabrikgebäuden nach württemb. Recht. Hauptinstruktion § 66 und 67.

Die Firma: Schw. und H. hat laut Eintrags im Unterpfandsbuche der Gemeinde F. vom 14. Juni 1883 für einen ihr von der K. Hofbank eröffneten Kredit bis zum Betrage von 130000 M. — mit zweitem Rechte ihr in F. gelegenes aus mehreren Gebäuden bestehendes Fabrikanwesen, in welchem sie die Fabrikation von Kunstwolle betrieb, und außerdem nicht nur sämtliche in und auf dem verpfändeten Anwesen jeweils vorhandenen zum Betriebe einer Kunstwollefabrik dienenden Maschinen, Gerätschaften, Werkzeuge und Einrichtungen, sondern auch die sämtlichen in und auf dem verpfändeten Anwesen jeweils vorhandenen fertigen, halbfertigen und in rohem Zustande befindlichen Wollwaren, und zwar als Sachgesamt-

heit, zum Unterpfande bestellt. Dabei wurde im Unterpfandsbuche bezüglich der Zugehörungen auf besondere auch dem Pfandscheine beigelegte Verzeichnisse hingewiesen.

Am 25. September 1885 wurde über das Vermögen der Schuldnerin der Konkurs eröffnet. Die damals in dem verpfändeten Anwesen vorhandenen Vorräte an fertigen, halbfertigen und in rohem Zustande befindlichen Wollewaren wurden vom Konkursverwalter, wie feststeht, um den Preis von zusammen 17688 M. 25 Pf. verkauft. Aus diesem Erlöse beanspruchte die Hofbank auf Grund der Mitverpfändung der Zugehörungen abgesonderte Befriedigung. Die Konkursmasse hat Klage darauf erhoben, es stehe der Beklagten, der K. Hofbank, an diesem Erlöse kein Absonderungsrecht zu, wobei von der Klägerin lediglich bestritten wurde, daß die Mitverpfändung der Vorräte an Wollewaren als Zugehörungen der Liegenschaft nach dem württ. Pfandgesetze vom 15. April 1825 rechtlich zuläßig gewesen sei.

Die erste Civilkammer des K. Landgerichts zu St. hat durch Urteil vom 23. Juni 1886 die Klägerin unter Verfällung in die Kosten mit ihrer Klage abgewiesen, weil nach dem württemb. Pfandgesetze die Mitverpfändung der Vorräte an Wollewaren als Zugehörungen statthaft gewesen sei, und die Beklagte deshalb Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse habe. —

Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen.

I. Das württemb. Pfandgesetz vom 15. April 1825 Art. 3 Abs. 2, Art. 49, 51 und 190 geht von dem nach dem Zeugnisse von

Gönner, Comm. zum bayer. Hypothekengesetz Bd. I S. 354 f.,

Regelsberger, das bayer. Hypothekenrecht S. 203,

Römer, württ. Unterpfandsrecht S. 116

in der damaligen Theorie herrschenden und auch noch von Wächter, württ. Privatrecht II S. 257 und Erörterg. I S. 46 festgehaltenen Begriffe der Zugehörungen aus, der in dem

bayerischen Hypothekengesetze vom 1. Juni 1822 Aufnahme gefunden hatte, und versteht unter den beweglichen Zugehörungen, welche mit der Liegenschaft zum Unterpfand bestellt werden können, nicht bloß Hilfssachen, welche schon nach ihrem äußeren Verhältnisse zur Hauptsache, sofern sie zum bleibenden Dienste derselben behufs deren Gebrauchserhöhung bestimmt und in die hiedurch nötige Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, als Pertinenzen erscheinen (natürliche, präsumtive, gesetzliche Pertinenzen), sondern auch solche Sachen, welche nicht schon an sich nach ihrem Verhältnisse zur andern Sache als Zugehörung erscheinen, vielmehr lediglich in Folge einer Disposition der Betheiligten als Zugehörung behandelt werden (gewillkürte Pertinenzen). Es ergibt sich dies nicht nur mit Evidenz aus den §§ 66 und 67 der Hauptinstruktion vom 14. Dezember 1825, welche von dem ständischen Ausschusse auf die Frage geprüft, ob sie nicht eine neue nicht verabschiedete, in den Kreis der Gesetzgebung gehörige Bestimmung enthalte, in der in Rede stehenden Beziehung nicht beanstandet worden ist, sondern auch schon aus den Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren bei der Beratung und Endredaktion des Gesetzes, (wobei zu bemerken ist, daß die erste Kammer, da sie auf dem Landtage von 1823/24 nicht versammelt war, als einwilligend in die Beschlüsse der Kammer der Abgeordneten anzusehen war. Verf. Urk. § 161.) In dem Entwurfe des Pfandgesetzes § 132 Z. 5 war gesagt: „In dem Falle, wenn Zugehörungen verpfändet „werden, ist die Bezeichnung derselben entweder nach einzelnen „Stücken oder unter allgemeiner Hinweisung auf deren urkund„liche Beschreibung [in den Eintrag im Pfandbuche] aufzu„nehmen [1])."

Die Kammer der Abgeordneten brachte dagegen in dem Hauptantrage XXIV folgende Abänderung zu § 129 resp. 132 in Vorschlag: „Bei allen Verpfändungen ist zu bemerken:

„Z. 6, eine genaue Beschreibung der Sache, worauf das

1) 3. außerord. Beil.-Heft zu den Verh. der Kammer der Abg. von 1824 S. 38, 39.

„Unterpfand bestellt wird, ingleichen die Zugehörungen welche „mit der Hauptsache verpfändet werden.

„Sollen nur einzelne bewegliche Zugehörungen des Unter„pfandes mitverpfändet werden, so werden diese entweder in „dem Unterpfandsbuche oder in einer demselben beigelegten „Urkunde verzeichnet [1])."

In der Beilage I zu dem Geheimenrats-Reskripte vom 2. Juli 1824 wurde nun zu diesem Antrage bemerkt: „Hinsichtlich der auf dem Privatwillen beruhenden Zugehörungen (da die gesetzlichen stets als mitverpfändet vorausgesetzt werden) ist es bei der Bestimmung des § 132 Z. 5 zu belassen [2])."

Bei der Endredaktion erklärte sich die ständische Kommission dagegen, daß die gesetzlichen Zugehörungen von selbst als mitverpfändet gelten und daß nur bei anderen Zugehörungen eine ausdrückliche Verpfändung und Bezeichnung derselben im Pfandbuche nötig sei, weil jener Satz zu Zweifeln führen würde, der Gegenstand des Unterpfandes aber möglichst sicher und bestimmt sein müsse. Es wurde deshalb auf den Antrag der Kommission der nunmehrige Art. 190 angenommen: „Werden mit einer unbeweglichen Sache Zugehörungen irgend „einer Art mitverpfändet, so ist die Bezeichnung derselben „im Unterpfandsbuche entweder nach einzelnen Stücken oder „unter allgemeiner Hinweisung auf deren urkundliche Beschrei„bung erforderlich [3])."

Diese Vorschrift bezieht sich also sowohl auf die gewillkürten, als auf die gesetzlichen Zugehörungen; und es ist nicht zuläßig, die Bestimmungen des Pfandgesetzes über die Verpfändbarkeit beweglicher Zugehörungen zu Immobilien gegen den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nur auf die sogenannten gesetzlichen Pertinenzen zu beziehen, wie Römer, das württ.

---

1) a. a. O. S. 402.

2) a. a. O. S. 446.

3) cf. Bolley, Commentar I S. 21, 22; Seeger in Sarwey, M. S. Bd. 9 S. 370; Wächter, Erört. I S. 45 Note 7.

Unterpfandsrecht, S. 116 dies thut, wenn auch die neuere Theorie prinzipiell richtig von dem römisch rechtlichen Begriffe der Pertinenzen (Zugehörungen) im technischen Sinne das, was die frühere Theorie gewillkürte Zugehörungen nannte, darum ausgeschieden hat, weil die Lehre von den Pertinenzen auf einer Interpretation aus der Natur der Sache beruht [1]).

Die richtige Erkenntnis der neueren Theorie vermag, wie Regelsberger a. a. O. zunächst in Beziehung auf das bayer. Hypothekenrecht sagt, die gesetzliche Vorschrift nicht umzustoßen.

Die Sachlage ist nach dem württ. Pfandgesetze eine andere als nach dem preuß. Gesetze vom 5. Mai 1872, in welchem die ältere Theorie keine Aufnahme gefunden hat (cf. R.G. a. a. O.).

Es hat denn auch die Praxis der württ. Unterpfandsbehörden, sowie die Rechtssprechung bis in die jüngste Zeit nicht daran gezweifelt, daß nach dem württ. Pfandgesetze vom 15. April 1825 und der mit ihm in Einklang stehenden Hauptinstruktion die Zulässigkeit der Verpfändung beweglicher Sachen als Zugehörungen einer Liegenschaft nicht beschränkt ist auf den Kreis der gesetzlichen, natürlichen Zugehörungen [2]).

Daß mit einer Liegenschaft insbesondere auch eine Gesammtheit von beweglichen Zugehörungen der einen oder andern Art verpfändet werden kann ergibt sich aus Art. 190 im Zusammenhalt mit Art. 51 des Pfandgesetzes.

II. Dagegen hat nun aber allerdings die Privatdisposition bei der Verpfändung beweglicher Sachen, welche nicht natürliche, gesetzliche Zugehörungen der Liegenschaft sind, innerhalb gewisser Grenzen sich zu halten. Die Natur der Sache weist schon hierauf hin. Daß bewegliche Sachen, wenn sie auch in gar keiner Beziehung zu der Liegenschaft stehen, doch mit derselben sollten verpfändet werden können, kann auch

---

1) **Unger**, österreich. Pr. R. I § 55; **Regelsberger**, bayer. Hypothekenrecht S. 204; R.G. 15 S. 214.

2) **Lang**, Sachenrecht II § 166 Note 58 und die dort angeführten Entscheidungen württ. Gerichte.

darum nicht angenommen werden, weil diesfalls das Gesetz, statt von beweglichen Zugehörungen, welche mit einer unbeweglichen Sache verpfändet werden können, zu sprechen, wohl schlechtweg bestimmt hätte, daß mit einer Liegenschaft auch bewegliche Sachen zum Unterpfand bestellt werden können. Wächter, Erört. I S. 46 Note 8 sagt: „Das, was die Parteien bei „der Verpfändung für Zugehörung erklären, und was als solche „ins Pfandbuch eingetragen wird, gilt als verpfändbare Zuge„hörung, wenn es nur in irgend einer Beziehung zur Haupt„sache steht." Das bayer. Hypothekengesetz von 1822 § 34 hat eine solche Grenzbestimmung zu treffen versucht, durch die Bestimmung, daß bewegliche Sachen durch Privatwillkür nur dann als Zugehörung erklärt und als solche in das Hypothekenbuch eingetragen werden können, „wenn sie mit der hypo„thecierten unbeweglichen Sache in einer wesentlichen Verbindung „stehen." Das württ. Pfandgesetz hat es unterlassen, eine solche begriffliche Grenzbestimmung aufzustellen. Dagegen geben die in der K. Verordnung vom 14. Dezember 1825 (sog. Hauptinstruktion) aufgestellten Beispiele Anhaltspunkte, um für den einzelnen Fall zu beurteilen, ob die Privatdisposition, zufolge welcher einzelne bewegliche Sachen oder eine Gesamtheit beweglicher Sachen als Zugehörungen einer Liegenschaft mit derselben verpfändet werden, innerhalb der vom Gesetzgeber gewollten Grenzen sich bewegt und die Mitverpfändung der Mobilien giltig ist. Der Hauptinstruktion muß, wenn ihr auch nicht Gesetzeskraft beigelegt wird, doch deshalb, weil die ständische Zustimmung zu derselben erfolgt ist, ganz besondere Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes beigemessen werden. Der § 66 der Hauptinstruktion besagt: „Unter den Zuge„hörungen von Gütern sind namentlich begriffen: das eiserne „Inventar; Schiff und Geschirr; Mühlgerätschaften und der„gleichen." Nach § 67 können unter Umständen auch Waren„lager, Apothekengefäße 2c. als Zugehörungen eines Hauses „oder eines auf einem Hause ruhenden Rechts, zugleich mit „dem Hause oder der Gerechtsame verpfändet werden." Eine begriffliche Grenze aufzustellen ist auch hier vermieden. Der

vom Landgericht herbeigezogene Gebrauch des Wortes Zubehör im vulgären Sinne, wenn er auch im gegebenen Falle zur richtigen Entscheidung geführt hat, taugt doch wegen seiner Unsicherheit nicht als maßgebende Begriffsbestimmung.

III. Im vorliegenden Falle kommt in Betracht: Die Firma: Schw. und H. hat mit ihrem aus mehreren Gebäuden bestehenden Fabrikanwesen auch die in und auf dem verpfändeten Anwesen jeweils vorhandenen fertigen, halbfertigen und in rohem Zustande befindlichen Wollewaren als Sachganzes verpfändet. Die in rohem Zustande befindlichen Wollewaren (Rohstoffe) dienten zur Verarbeitung und damit zur Herstellung der in der Fabrik produzierten Waren. Außerdem handelt es sich um die teils halbfertigen, teils fertigen Produkte der in den Gebäuden betriebenen Kunstwollfabrik. Die sämmtlichen Waren waren dazu bestimmt, nach vollendeter Bearbeitung, beziehungsweise Verarbeitung an die Kunden der Firma verkauft und versendet zu werden. Dabei handelte es sich zugleich um solche Gegenstände des Handels, welche unter den Begriff der Waren im gewöhnlichen Sinne des Wortes fallen, im Gegensatze zu andern beweglichen Sachen und zu Wertpapieren, welche der Kaufmann zur Weiterveräußerung anschafft. (Vgl. bezüglich des Sprachgebrauches H.G.B. Art. 271, 273, 306). Die Waren dienten also nicht nur wie das Anwesen selbst dem in demselben betriebenen Gewerbe, sondern sie befanden sich auch in derjenigen räumlichen Beziehung zu den Gebäuden, welche der § 67 der Hauptinstruktion voraussetzt, indem er sagt, es können nach Umständen auch „Warenlager" als Zugehörungen eines Hauses verpfändet werden. Es ist nach diesem Beispiele keineswegs notwendig, daß derartige Vorräte, um mit dem Anwesen, das den Zwecken der Fabrikation und der Veräußerung der Fabrikate gleichfalls dient, als Zubehör verpfändet werden können, auf Dauer in der Fabrik bleiben, oder daß immer ein bestimmtes Quantum oder Sortiment solcher Vorräte vorhanden ist. Was sodann von dem Vorrate der fertigen unmittelbar zum Verkaufe an die Kunden bestimmten Waren gilt, muß auch von den Vorräten solcher

Waren gelten, welche erst nach vorgängiger Verarbeitung oder weiterer Bearbeitung veräußert werden sollen.

Der in Rede stehende Eintrag im Unterpfandsbuche, dessen Giltigkeit vom Konkursverwalter bestritten wurde, hält sich also innerhalb der Grenzen, welche nach der württ. Pfandgesetzgebung eingehalten werden müssen, wenn bewegliche Sachen, welche nicht gesetzliche Zugehörung einer Liegenschaft sind, mit derselben als Zugehörung sollen verpfändet werden können.

IV. Da hienach die Verpfändung giltig ist, so ist die angestellte negative Feststellungsklage, deren Statthaftigkeit außer Zweifel ist, als materiell unbegründet abzuweisen, woraus die Zurückweisung der Berufung und die Verfällung der Klägerin auch in die Kosten der Berufungsinstanz folgt.

Urteil des I. Civilsenats des K. O.L.G. vom 3. Dezbr. 1886 in Sachen der Konkursmasse der Firma: Schw. und H., Klrin., Berfgsklrin., gegen K. Hofbank, Bekl., Berfgsbekl.

8.

Finden die Vorschriften des fünften Titels zweiten Abschnitts des ersten Buchs der Civilprozeßordnung auch auf Entscheidungen über den Kostenpunkt Anwendung, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehen?

Die Frage wurde bejaht:

Auch auf Entscheidungen über den Kostenpunkt, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehen, findet der § 94 der C.P.O. Anwendung: „Die Anfechtung der Entscheidung über „den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird". Es ist vor allem nicht richtig, den § 94 nur auf einen in einem Urteile enthaltenen Ausspruch über die Prozeßkosten zu beziehen, wie in dem in Seuff. Arch. Bd. 39 Nr. 338 angeführten Beschlusse geschieht, auf den der Kläger zum Nachweise der Statthaftigkeit der Beschwerde sich stützt. Denn daß der § 94 sich auf die im Beschwerdeverfahren in einem Beschlusse

gegebene Entscheidung über den Kostenpunkt bezieht, ist nicht zu bezweifeln [1]). Sodann kommt in Betracht: der von den „Prozeßkosten handelnde Titel 5 des die allgemeinen Bestimmungen enthaltenden Buches I der Civilprozeßordnung, somit die §§ 87—100 derselben, haben auch auf die Kosten der Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung zu finden, soweit nicht aus dem insbesondere in Buch VIII „Zwangsvollstreckung" enthaltenen Spezialbestimmungen sich Abweichungen ergeben. Auch die Zwangsvollstreckung ist ein Prozeßverfahren; sie dient ebenfalls zur zwangsweisen gerichtlichen Geltendmachung von Privatrechtsansprüchen. Der von Dr. Gottfried Schmitt (der bayerische Civilprozeß Bd. I S. 25) vertretenen gegenteiligen Ansicht kann nicht beigepflichtet werden [2]). Auch die Kosten der Zwangsvollstreckung sind daher Prozeßkosten. Der Titel 5 des I. Buches der C.P.O. (§ 87—100) enthält, wie die Motive S. 435 sagen, nicht alle Vorschriften über die Prozeßkosten; vielmehr sind Spezialbestimmungen an den betreffenden Stellen des besonderen Teiles gegeben. Als solche kostenrechtliche Spezialbestimmungen sind von den Motiven a. a. O. bezeichnet „die §§ 697, 708, 719 für die Zwangsvollstreckung." Auch verweisen die Motive S. 537 zu § 742 des Gesetzes bezüglich der Frage, wer im Falle des Verzichtes des Gläubigers auf die durch Pfändung von Forderungen und deren Ueberweisung zur Einziehung erworbenen Rechte die Kosten der Zwangsvollstreckung zu tragen habe, auf den § 87 im 5. Titel des ersten Buches. Daß ein Kostenfestsetzungsbeschluß gemäß § 99 auch bezüglich der Kosten der Zwangsvollstreckung zulässig, und nur nach der Spezialbestimmung des § 697 überflüßig ist, wenn die Kosten zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beigetrieben werden, ergibt sich aus den Urteilen des Reichsgerichts in Seuff. Arch. Bd. 39 Nr. 273 und in der Jurist. Wochenschrift von 1886 Nr. 18, 19 Ziffer 9 (S. 147).

Hienach sind gemäß dem § 94 der C.P.O. auch im Zwangs-

1) Seuffert, Arch. 36 Nr. 80; R.G. 6 S. 340.

2) Arch. für civilist. Praxis Bd. 62 S. 409 f.

vollstreckungsverfahren ergangene Enscheidungen über die Kosten unanfechtbar, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Solche Entscheidungen über den Kostenpunkt sind aber auch dann unanfechtbar, wenn in der Hauptsache ein Rechtsmittel aus dem Grunde nicht eingelegt werden konnte, weil eine Entscheidung über die Hauptsache nicht ergangen war [1]).

Wenn also auch gegen die Entscheidung über den vom Kläger gestellten Antrag in der Hauptsache nach § 774, 776 und 701 C.P.O. die sofortige Beschwerde an sich statthaft gewesen wäre, so ist doch der landgerichtliche Beschluß vom 29. April 1886, da durch denselben nur über den Kostenpunkt entschieden ist, unanfechtbar, und die Beschwerde hiegegen an sich unstatthaft. Die erhobene Beschwerde war deshalb nach § 537 der C.P.O. als unzulässig zu verwerfen.

Entsch. des Oberlandesgerichts vom 5. Juni 1886 in Sachen Stahl c. Heidelmann.

Die Beschwerde hiegegen ist durch Beschluß des Reichsgerichts vom 8. Juli 1886 zurückgewiesen worden.

9.

Lebensversicherung zu Gunsten einer Ehefrau. Fortdauer der Ehe bis zum Tode des Versicherten, Voraussetzung des Fortwirkens dieser Zuwendung.

Gastwirt K. hatte sein Leben bei der Lebensversicherungs- und Ersparnißbank in Stuttgart für die Summe von 10000 M., welche nach seinem Tode dem Inhaber des Versicherungsscheins ausbezahlt werden sollte, versichert, und die Jahresprämien bis zu seinem Tode fortbezahlt.

Nach seiner Verheiratung hatte er die genannte Bank unterm 29. Januar 1878 schriftlich ersucht, „seine Lebensver-„sicherungspolice im Fall seines Ablebens zu Gunsten seiner „Ehefrau stellen und den Betrag nur an sie selbst oder deren „Adresse gelangen zu lassen“, und es hatte demgemäß die Bank

1) R.G. 10 S. 309 (Seuff. 39 Nr. 139).

auf dem Versicherungsschein unterm 30. Januar 1878 beurkundet, „es sei laut Erklärung vom 29. Januar 1878 gegen„wärtige Versicherung zu Gunsten der Ehefrau des Versicherten „abgeschlossen, was sie auf ihren Büchern vorgemerkt habe".

Obwohl die Ehe des K. wegen Ehebruchs seiner Ehefrau dem Bande nach geschieden wurde, hat derselbe der Bank gegenüber die genannte zu Gunsten seiner Ehefrau abgegebene Erklärung nicht widerrufen, übrigens dieselbe in seinem noch vor der Scheidung mit Rücksicht auf deren Bevorstehen errichteten Testamente enterbt. Einige Jahre nach der Scheidung starb K. In dem über seinen Nachlaß eröffneten Konkurse machte die Pflegschaft seiner Kinder, welchen seine geschiedene Ehefrau ihre Rechte aus der Versicherung abgetreten hatte, gegen die Konkursverwaltung dieses Nachlasses einen Aussonderungsanspruch auf die von letzterer bezogene und hinterlegte Versicherungssumme geltend. Die Konkursverwaltung bestritt diesen Anspruch und erhob gegen die Pflegschaft Klage, in welcher sie zu erkennen beantragte, daß dieser Aussonderungsanspruch nicht zu Recht bestehe.

Der I. Civilsenat des Oberlandesgerichts erkannte diesem Antrage entsprechend aus folgenden Gründen:

Dadurch daß Gastwirt K. unterm 29. Januar 1878 an die hiesige Lebensversicherungsbank den Antrag, die von ihm genommene Versicherung für den Fall seines Todes zu Gunsten seiner Ehefrau zu stellen, gerichtet hat, und von der Versicherungsbank diesem Antrage entsprochen worden ist, hat derselbe mit dieser Bank an dem von ihm abgeschlossenen Versicherungsvertrag eine Abänderung vereinbart, nach welcher dieser zu Gunsten seiner Ehefrau geschlossen erscheint. Mit dieser Abänderung, durch welche die Ehefrau des K. für den Fall seines Ablebens gegenüber von der Versicherungsbank ein selbstständiges Recht auf den Bezug der Versicherungssumme erwarb, beabsichtigte K., wie sich dies aus der regelmäßigen Bestimmung eines von einem Ehemann auf sein Vorableben zu Gunsten seiner Ehefrau geschlossenen Lebensversicherungsvertrags ergibt, die Existenz seiner Ehefrau für die Zeit nach seinem Tode

möglichst sicher zu stellen, und ihr zu diesem Behufe eine Versorgung im Wittwenstande zu verschaffen. Die Erreichung dieser Absicht setzte, wie K. nicht verkennen konnte, voraus, daß seine Ehe bis zu seinem Tode, mit welchem die Versicherungssumme fällig wurde, fortdauerte, also seine Ehefrau durch sein Vorableben zur Wittwe wurde. Denn falls diese Auflösung der Ehe schon vor seinem Tode eintrat, so konnte, wenn dies durch ihr Vorabsterben geschah, eine Wittwenversorgung nicht mehr in Frage kommen; wenn dies aber durch Scheidung geschah, so war jeder Grund zu einer solchen Versorgung weggefallen, und es ließe sich nicht erklären, wie K. hätte dazu kommen sollen, seiner Ehefrau auch für den Fall, daß sie zur Zeit seines Todes von ihm geschieden, also nicht seine Wittwe sein sollte, eine Versorgung zu verschaffen. Man ist daher zur Annahme berechtigt, es habe K. die Abänderung des Versicherungsvertrags zu Gunsten seiner Ehefrau nur für den Fall getroffen, daß seine Ehe im Zeitpunkt seines Todes und der mit demselben eintretenden Fälligkeit der Versicherungssumme noch fortbestehe, er habe aber für den gegenteiligen Fall seiner Ehefrau die Versicherungssumme nicht zukommen lassen wollen; es habe demgemäß der Fortbestand seiner Ehe nicht bloß den Beweggrund, sondern eine Voraussetzung der zu Gunsten seiner Ehefrau getroffenen Abänderung gebildet.

Der Vertreter der Lebensversicherungsbank, mit welchem diese Aenderung des ursprünglich abgeschlossenen Versicherungsvertrags vereinbart wurde, konnte über die von K. gewollte Voraussetzung nach dem Inhalt seiner Erklärung vom 29. Januar 1878 nicht im Zweifel sein; er mußte daraus, daß nach dieser Erklärung auf Ableben des K. seiner ausdrücklich als solcher bezeichneten Ehefrau die Versicherungssumme zukommen sollte, entnehmen, daß es sich um eine Wittwen-Versorgung handle, daß daher die Versicherung an sie nur in ihrer Eigenschaft als Wittwe, somit nur für den Fall des Fortbestands der Ehe bis zu seinem Tode, gelangen solle. Die in der Erklärung des K. vom 29. Januar 1878 enthaltene Voraussetzung

ist sonach der Versicherungsbank gegenüber auf genügend erkennbare Weise hervorgetreten.

Wurde nun auch fragliche Abänderung nicht ausdrücklich von dem Fortbestand der Ehe des K. bis zu seinem Tode abhängig gemacht, so genügt doch zur Gültigkeit dieser Voraussetzung, daß K. dieselbe gewollt hat, und daß dieser sein Wille dem Vertreter der Bank zum Bewußtsein gekommen sein muß.

Daß K. bei der zu Gunsten seiner Ehefrau getroffenen Abänderung des Versicherungsvertrags von der bezeichneten Voraussetzung ausgegangen ist, dafür spricht auch sein späteres Verhalten. Er hat nämlich seine Ehefrau in seinem gleichzeitig mit Einleitung des Scheidungsprozesses und in Voraussicht dieser Scheidung errichteten Testamente gänzlich enterbt, und daneben, um zu verhindern, daß sie durch Vermittlung ihrer gemeinschaftlichen Kinder von seinem Vermögen erwerbe, eine Reihe hierauf abzielender Bestimmungen (Entziehung der Nutznießung und Verwaltung des Erbteils der Kinder; Verbot, von dem Vermögen der Kinder oder dessen Erträgnissen ihr etwas zu verabfolgen; Pupillarsubstitution) getroffen. Dieses Testament hat durch den Testamentszettel vom gleichen Tage nur hinsichtlich der Nutznießung am Vermögen der Kinder, welche ihrer Mutter unter Umständen als Ersatz für den Erziehungsaufwand sollte überlassen werden können, eine Abänderung erlitten; im übrigen aber hat K. sein Testament aufrecht erhalten, sollte auch später wieder eine Annäherung zwischen ihm und seiner geschiedenen Ehefrau stattgefunden haben. Mit der im Testamente ausgesprochenen Absicht des K., seiner Ehefrau von seinem Vermögen Nichts zukommen zu lassen, ist der Wille, an der zu ihren Gunsten getroffenen Abänderung des Lebensversicherungsvertrags festzuhalten, nicht vereinbar. Daß er aber unter diesen Umständen von dem ihm unstreitig zustehenden Rechte, letztere zu widerrufen, keinen Gebrauch gemacht hat, findet eine genügende Erklärung darin, daß er ausgehend von der bezeichneten Voraussetzung diese Abänderung als durch die Scheidung aufgehoben angesehen hat. Auf diese Anschauung weist ferner hin die unter den Ehegatten abgeschlossene Ver-

einbarung über die Grundlagen ihrer definitiven Auseinandersetzung, insbesondere die Verabredung über die von seiner Ehefrau beigebrachten und derselben auszufolgenden Wertpapiere; denn wenn K. nicht von obiger Anschauung ausgegangen sein würde, so wäre zu erwarten gewesen, daß in diese Vereinbarung auch eine Bestimmung über den fraglichen Versicherungsschein Aufnahme gefunden hätte.

War die von K. zu Gunsten seiner Ehefrau getroffene Abänderung des Versicherungsvertrags an die genügend erkennbar hervorgetretene Voraussetzung des Fortbestands der Ehe des K. bis zu seinem Tode geknüpft, so hat die erfolgte Scheidung und der hiedurch bewirkte Nichteintritt dieser Voraussetzung zur Folge, daß die Wirksamkeit dieser Abänderung ausgeschlossen ist, weil sie bei dem Nichtzutreffen fraglicher Voraussetzung dem wahren Willen der Kontrahenten nicht entspricht. Die Kinder des K. können daher in ihrer Eigenschaft als Zessionare der geschiedenen Ehefrau desselben sowenig als die letztere selbst aus dieser Abänderung Rechte für sich ableiten. Es hat vielmehr der Anspruch auf die Versicherungssumme, wie wenn K. eine Verfügung zu Gunsten seiner Ehefrau nicht getroffen hätte, nach seinem Tode einen Bestandteil seines Nachlasses, und nachdem über diesen der Konkurs eröffnet ist, seiner Konkursmasse gebildet. Der von der bekl. Pflegschaft erhobene Aussonderungsanspruch ist daher weder bezüglich des aus dem Versicherungsvertrage gegen die Bank erwachsenen Anspruchs auf den Bezug der Versicherungssumme, noch bezüglich des an seine Stelle getretenen, von der Klägerin erhobenen Versicherungsvertrags begründet; es war folgeweise der Klagbitte gemäß zu erkennen.

Urteil des I Civil S. des O.LandesG. vom 11. März 1887 in S. der Konkursverwaltung des K. gegen die Pflegschaft seiner Kinder.

10.

Reichung von Alimenten. Absicht der Ersatzleistung aus den Umständen gefolgert.

Die Klägerin, Rosine M., hatte ihre Mutter, Witwe Sch. in ihr Haus aufgenommen und ihr dort während eines Zeitraums von einem Jahre und acht Monaten Verköstigung und Wohnung einschließlich der Heizung und Beleuchtung gewährt, ihr auch die Wäsche besorgt und sie verpflegt. Die Witwe Sch. hatte bald nach ihrer Aufnahme in das Haus der Klrin ein Testament errichtet, in welchem sie ihre Tochter ausdrücklich zur Entschädigung für Kost, Wohnung und Pflege mit einem namhaften Betrage letztwillig bedachte. In Folge entstandener Zwistigkeiten mit ihrer Tochter verließ sie jedoch das Haus derselben, widerrief das genannte Testament und errichtete ein neues, in welchem sie ihre beiden Söhne zu Erben einsetzte, die Klrin dagegen enterbte. Nach ihrem Tode erhob die letztere gegen den einen dieser Erben, den Bkl. Sch., zu seinem Erbsbetreff Klage auf Ersatz für die ihrer Mutter gewährte Verköstigung, Wohnung und Verpflegung. Der Bkl. bestritt eine Ersatzverbindlichkeit, indem er geltend machte, seine Mutter sei von der Klrin aus Pietät und nicht in der Absicht der Ersatzleistung in ihr Haus aufgenommen worden und habe durch ihre in dem Hause der Klrin geleisteten Dienste den Aufwand für ihre Verpflegung ausgeglichen.

Die Klage wurde in I Instanz abgewiesen. Auf erhobene Berufung verurteilte das Oberlandesgericht I Senat durch Urteil vom 21. Jan. 1887 den Bkl. der Klagbitte gemäß und führte in den Gründen aus:

Klrin ist, wie ihr Ehemann gänzlich vermögenslos und es liegt beiden der Unterhalt von sieben Kindern im Alter von 3 bis 16 Jahren ob; Klrin war daher gar nicht in der Lage, ihre Mutter unentgeltlich in ihr Haus aufzunehmen. Andererseits waren die Vermögensverhältnisse der letzteren nicht der Art, daß sie auf unentgeltliche Unterstützung ihrer Tochter angewiesen gewesen wäre; sie war vielmehr im Besitz eines teils eigentümlichen, teils nutznießlichen Vermögens von mehreren tausend Mark. Auch hatte Klrin bei dieser Vermögenslage ihrer Mutter umsoweniger Anlaß, sie unentgeltlich in ihrem

Hause zu unterhalten, als neben der Klrin noch zwei Brüder derselben vorhanden waren, welche sich auf den Fall der Beerbung ihrer Mutter zu Folge dieser unentgeltlichen Unterhaltung derselben auf Kosten der Klrin bereichert haben würden. Schon diese Umstände lassen es als ganz unwahrscheinlich erscheinen, daß Klrin ihre Mutter unentgeltlich in ihr Haus aufgenommen und so lange Zeit unterhalten haben sollte.

Bkl. selbst stellt die Aufnahme seiner Mutter in das Haus der Klrin nicht als eine unentgeltliche dar, will vielmehr die Gegenleistung für dieselbe in den von seiner Mutter daselbst geleisteten Diensten finden. Allein es war dieselbe bei ihrem vorgerückten Alter zur Leistung von Diensten, welche eine nennenswerte Gegenleistung gegen diese Aufnahme hätten bilden können, nicht mehr im stande. Sollte sie daher auch während ihres Aufenthalts im Hause der Klägerin häusliche Dienste bei derselben geleistet, insbesondere deren Kinder beaufsichtigt, verpflegt, für sie gestrickt und geflickt haben, so könnte es sich hiebei doch nur um gelegentlich und aus Gefälligkeit geleistete Dienste gehandelt haben, welche den Aufwand für ihren Unterhalt auszugleichen nicht geeignet waren.

Ein weiterer Beleg der auf Vergütung für die Aufnahme der Mutter der Klrin in das Haus der letzteren gerichteten Absicht beider liegt in der genannten letztwilligen Verfügung. Die Klrin, welche ihre Mutter zum Zweck der Testamentserrichtung zu dem betreffenden Notar geführt hatte, war, wie bei dem gegenseitigen Verhältnis beider nicht zu bezweifeln, von diesem Inhalte des Testaments unterrichtet. Da in diesem Testamente die Entschädigung für Wohnung, Verköstigung und Pflege der Mutter der Klrin ausdrücklich als Zweck der zu Gunsten der letzteren getroffenen Verfügung bezeichnet ist, so darf man hieraus schließen, es habe von Anfang unter beiden über diese Vergütung Einverständnis geherrscht, und daher nach dem Willen beider auch für den eingetretenen Fall, daß zu Folge Widerrufs dieser Verfügung die Vergütung nicht auf dem zunächst beabsichtigten Wege letztwilliger Zuwendung geleistet werden sollte, der Klrin eine entsprechende Vergütung zu Teil

werden sollen. Durch die angeführten Umstände ist erwiesen, daß der Mutter der Klrin von ihrer Tochter Wohnung, Verköstigung und Pflege in der beiderseits kund gegebenen Absicht angemessener Vergütung gewährt und angenommen worden ist, worin ein stillschweigendes Uebereinkommen über die Leistung dieser Vergütung liegt [1]).

11.

Verkauf der letzten verfügbaren Sachen an einen der Gläubiger um wertentsprechenden Preis unter Aufrechnung seiner Forderung, behufs Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung. Ist die Benachteiligungsabsicht ausgeschlossen durch den Umstand, daß der Gläubiger durch diesen Kauf nicht mehr erlangt und den übrigen Gläubigern nicht mehr entzogen hat, als was er mittels Zwangsverkaufs hätte erreichen und den Gläubigern entziehen können? **Anfechtungsgesetz § 3 Nr. 1.**

Bekl. hatte gegen seinen von mehreren Gläubigern eingeklagten Schuldner St. Vollstreckungsbefehl erwirkt und den Gerichtsvollzieher mit Fahrnispfändung beauftragt; auf Bitten des Schuldners entschloß er sich, die ganze vorhandene pfändbare Fahrnis, bestehend in den Handwerksgeräten und der Ladenausstattung des Schuldners, um einen, angeblich wertentsprechenden, Preis zu kaufen und den letztern auf seine Forderung aufzurechnen, in der Absicht, dem Schuldner (seinem Verwandten) die Möglichkeit zur Wiedererwerbung der Fahrnis zu belassen. Als später die Klrin behufs Befriedigung einer vollstreckbaren Forderung gegen St. zur Pfändung schreiten wollte, fanden sich keine Vollstreckungsmittel bei demselben vor.

---

1) Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß N. F. Bd. 7, S. 1 ff. u. dort citierte Litteratur. Ferner Wrtmberg. Arch. Bd. 14, S. 379; Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 36; Bd. 8 Nr. 130 u. 259; Bd. 9 Nr. 29; Bd. 12 Nr. 154; Bd. 20 Nr. 126; Bd. 21 Nr. 47 u. 49; Bd. 29 Nr. 232; Bd. 31 Nr. 225; Bd. 33 Nr. 21 u. Bd. 34 Nr. 113; Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 4 S. 121.

Sie erhob deshalb gegen den Bekl. Klage auf Anfechtung des erwähnten Kaufs aus § 3 Nr. 1 des Anfechtungsges. Diese Klage ist vom Landgericht abgewiesen auf Grund der Annahme, daß auch im Fall der Zwangsversteigerung der gekauften Fahrnis nicht mehr als der mit dem Bekl. vereinbarte und verrechnete Kaufpreis erlöst worden wäre, in diesem Fall also für die übrigen Gläubiger gleichfalls nichts übrig geblieben sein würde, diese deßhalb durch den fraglichen Verkauf nicht benachteiligt seien.

Auf erhobene Berufung hat das Oberlandesgericht den Bekl., welcher u. A. auf die in Seuffert's Archiv Bd. 39 Nr. 15 und im Württ. Archiv Bd. 23 S. 140 veröffentlichte Entscheidung des Oberlandesgerichts sich bezogen hatte, zur Rückgewähr verurteilt.

Gründe: Die Anfechtung des Vertrags vom 19. März v. J. aus § 3 Nr. 1 des Anfechtungsgesetzes ist begründet.

Die für die Gläubiger des St. benachteiligende Wirkung dieses Vertrags ist außer Zweifel.

Bekl. selbst hat angeführt, daß der von ihm mit der Pfändung gegen St. beauftragte Gerichtsvollzieher ihm gemeldet habe, daß er bei St. eine Pfändung nicht wohl vornehmen könne, da er nichts Pfändbares bei demselben vorgefunden, als die Sachen, welche den Gegenstand des nachherigen Verkaufs an den Bekl. gebildet haben und welche nicht wohl, mit Pfändungsmarken versehen, im Besitz des St. belassen werden können und daß der Gerichtsvollzieher ihm deshalb den Ankauf dieser Sachen geraten habe, falls er dem St. die Möglichkeit ihrer Wiedererwerbung gewähren wolle. Danach sind dem St. zur Zeit des Verkaufs, in welcher er, wie Bekl. gleichfalls einräumt, bereits mehrfach eingeklagt war, andere Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger, als die dem Bekl. verkauften Sachen, nicht zu Gebot gestanden, wie es denn sonst auch gar nicht zu erklären wäre, daß St. diese zur Fortführung seines Geschäfts offenbar unentbehrlichen Sachen weggeben hat. Wenn St. diese ihm allein noch verfügbaren Mittel einem einzigen der mehreren andringenden Gläubiger zu dessen Befriedigung

überlassen hat, so mußte er sich hiebei notwendig bewußt sein, daß dies zum Nachteil aller andern Gläubiger gereiche, sofern diese in Folge hievon das leere Nachsehen haben würden. Die hieraus sich ergebende Absicht des St., seine Gläubiger zu benachteiligen, konnte aber auch dem Bekl. nicht verborgen bleiben, da er nach seiner eben erwähnten Einräumung zur Zeit des Verkaufs schon gewußt hat, daß St. sonst nichts Pfändbares, überhaupt keine weitern Befriedigungsmittel, wohl aber noch andre andringende Gläubiger habe.

Die benachteiligende Wirkung und Absicht dieses Geschäfts ist aber durch den Umstand allein, daß Bekl. die Sachen nicht einfach an Zahlungsstatt genommen vielmehr erkauft und den Kaufpreis auf seine Forderung verrechnet hat, nicht ausgeschlossen, auch dann nicht, wenn der festgesetzte Kaufpreis dem wahren Wert der Sachen entsprochen haben sollte, da hiedurch für die weggegebenen Sachen ein solches Entgelt, an welches die Gläubiger behufs ihrer Befriedigung sich hätten halten können, nicht ins Vermögen des Schuldners gekommen ist (vgl. R.G. Entsch. Bd. X S. 8 unten, S. 9 oben).

Es mag immerhin sein, daß wenn Bekl., wie er zu thun befugt war, die fraglichen Sachen hätte pfänden und im Vollstreckungsweg verkaufen lassen, zur Befriedigung der übrigen Gläubiger des St. gleichfalls nichts übrig geblieben sein würde; allein selbst wenn man unterstellt, daß in diesem Fall die Gläubiger zur Anfechtung der auf diese Weise an den Bekl. gelangten Befriedigung nicht befugt gewesen sein würden, (vgl. § 6 des Anfechtgsges.) so wäre die Anfechtbarkeit des abgeschlossenen Geschäfts hiedurch nicht beseitigt, denn es hat die Klrin jenen für ihre Befriedigung offen stehenden Weg thatsächlich nicht beschritten und für die rechtliche Beurteilung des wirklich von ihr betretenen Wegs kann es nicht in Betracht kommen, ob sie die Möglichkeit gehabt hätte, zu Befriedigung ihrer Forderung auch in anderer unanfechtbarer Weise vorzugehen, oder ob der Schuldner in der Lage gewesen wäre, die fraglichen Befriedigungsmittel seinen übrigen Gläubigern auf andere, für diese unanfechtbare, Weise zu entziehen (vgl. R.G. a. a. O).

Die den Gläubigern gegenüber rechtswidrige Natur des vorliegenden Geschäfts ist endlich auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil Bekl. durch dasselbe nur dasjenige erlangt habe, was er als Gläubiger des St. rechtlich zu beanspruchen hatte. Denn wenn die Motive zu § 23 Nr. 1 der Konk.Ordnung (S. 119) und zu § 24 Nr. 1 ders. (S. 131) bemerken, daß der Gläubiger, welcher nicht mehr erhalte, als worauf er ein Zwangsrecht hat (qui suum recepit) durch Annahme dessen einer Rechtsverletzung nicht sich schuldig mache, so gilt dies, im Sinn der Motive wie nach dem Inhalt des Gesetzes, eben nur dann, wenn dem Gläubiger wirklich nur dasjenige geleistet wird, was und wie er es zu fordern hatte (si debitam pecuniam recepit: l. 6 § 7 Dig. 42, 8 und K.O. § 23. Nr. 2), nicht aber dann, wenn er ein Anderes oder Mehreres sich verschafft, wie dieses da zutrifft, wo ihm zu Abfindung seiner Geldforderung Fahrnis überlassen — sei es an Zahlungsstatt übereignet, sei es gegen Aufrechnung seiner Forderung verkauft wird, also die Befriedigung seiner Forderung durch das Mittel der Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses beschafft ist; denn in diesem Fall kann offenbar nicht mehr gesagt werden, daß der Gläubiger sich darauf beschränkt habe, sein Forderungsrecht auszuüben (vergl. R.G. Entsch. B. 6 S. 45 u. 46).

Die Erwägung, mit welcher die abweichende Entscheidung des Oberlandesgerichts vom 13. Juli 1883 in Sachen R. c. R. (in Seuffert's Archiv Bd. 39 Nr. 15 und im Württ. Archiv Bd. 23 S. 140) gestützt ist, nemlich die anscheinende Ungerechtigkeit, daß der Anfechtungskläger, der das Zurückgewährte zu seiner ausschließlichen Befriedigung verwendet, sich hiedurch der nemlichen Benachteiligung der übrigen Gläubiger schuldig mache, die er dem Anfechtungsgegner vorgeworfen — diese Erwägung erledigt sich durch den Hinweis auf § 13. Abs. 3 des Anfechtgsgef., wonach es der Anfechtungsgegner in der Hand hat, durch rechtzeitigen Antrag auf Eröffnung des Konkurses gegen den Schuldner zu bewirken, daß mittelst der vom Konkursverwalter gegen den Anfechtungskläger zu erhebenden, auf § 23 Nr. 1 und § 28 K. O. gestützten Anfechtungsklage

das Zurückgewährte — nicht etwa mit Umgehung der übrigen Gläubiger einseitig zwischen Anfechtungskläger und Anfechtungsgegner, sondern — zwischen sämtlichen am Konkurs sich beteiligenden Gläubigern nach gesetzlicher Rangordnung, somit in gerechter Weise, zur Verteilung gebracht werde.

Entsch. d. I Civil-Senats des Oberlandesgerichts in Sachen B. c. D. vom 25. Februar 1887.

12.

Teilt die Ehefrau den allgemeinen Gerichtsstand des Ehemanns oder nur den Gerichtsstand des Wohnsitzes desselben?

Die Beklagte wurde von ihrem Ehemann bei dem Landgericht zu Stuttgart auf Herausgabe der Kinder belangt. Sie hat die Einrede der Unzuständigkeit vorgeschützt. Dieselbe wurde verworfen aus nachstehenden Gründen:

Die Schlußfolgerung der Beklagten, auf welcher die Einrede der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts beruht, nämlich daß sie den allgemeinen Gerichtsstand ihres Ehemanns teile, letzterer aber in Stuttgart einen allgemeinen Gerichtsstand nicht habe, ist in ihrem Vordersatze unrichtig.

Die Ehefrau teilt nicht überhaupt den allgemeinen Gerichtsstand ihres Ehemanns, sondern nur den Gerichtsstand des Wohnorts desselben, wie dies aus Wortlaut und Motiven des § 17 der C.P.O. und aus der mit Absicht gewählten Stellung, welche § 17 zwischen den Bestimmungen über den Wohnsitz § 13—16 und denjenigen über den subsidiären allgemeinen Gerichtsstand des Aufenthalts § 18 einnimmt, hervorgeht. Sie teilt daher, wenn der Ehemann keinen Wohnsitz hat, nicht auch dessen subsidiären allgemeinen Gerichtsstand des Aufenthaltsorts (§ 18), sondern in diesem Falle tritt als ihr allgemeiner Gerichtsstand der Ort ihres eigenen Wohnsitzes, falls sie einen solchen gewählt hätte, oder in Ermanglung dessen der Ort ihres eigenen Aufenthalts ein.

Da es nun ihren eigenen Behauptungen entspricht, daß

der Ehemann zur Zeit der Klageerhebung einen Wohnsitz nicht gehabt und bis heute nicht erlangt habe, und da auch die wandernde Beschäftigung des Klägers, seitdem er am 11. Januar 1886 Stuttgart verlassen hat, zwar nicht die Festhaltung eines etwa in Stuttgart vor seiner Fortreise begründeten Domizils, aber die Neuwahl eines außerhalb Stuttgarts gelegenen Wohnsitzes als ausgeschlossen erscheinen läßt, so ist die Beklagte mit der in ihrem allgemeinen Gerichtsstand anzubringenden Klage mit Recht in Stuttgart belangt worden, an welchem Orte, wenn nicht der Wohnsitz des Ehemanns, welchen sie nach § 17 C.P.O. teilt, oder ihr selbst gewählter Wohnsitz, so jedenfalls ihr Aufenthalt und damit ihr allgemeiner Gerichtsstand im Sinne des § 18 C.P.O. begründet ist.

Urteil des I. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 28. Mai 1886 in Sachen K. gegen K. wegen Herausgabe von Kindern, zunächst Zuständigkeit des Gerichtes I. Instanz.

13.

Pflicht zur Erstattung der Kosten insbesondere der Anwaltsgebühren im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung.

Die Anna Maria W. zu Sulz hat gegen die Eva Cath. D. und den Bauern Johann Simon D. von da bei dem Amtsgericht Nagold Antrag auf Entmündigung wegen Verschwendung gestellt. Die zu Entmündigenden haben mit ihrer Vertretung in dem Verfahren einen Anwalt beauftragt. Der Antrag wurde durch Beschluß des Amtsgerichts, gegen welchen Beschwerde nicht erhoben wurde, unter Verfällung der Antragsteller in die Kosten zurückgewiesen, worauf der Anwalt der zu Entmündigenden ein Gesuch um Feststellung seiner Kostenrechnung gegen die Antragsteller eingereicht hat, welchem Gesuch das Amtsgericht entsprach. Auf erhobene Beschwerde wurden die beanstandeten Anrechnungen von dem Landgericht gestrichen, indem dieses annahm, in dem amtsgerichtlichen Ent-

mündigungsverfahren gebe es keine Parteien und es könne also auch von Erstattung von Parteikosten nicht die Rede sein. Durch das Oberlandesgericht wurde der Beschluß des Amtsgerichts zum Teil wieder hergestellt aus nachstehenden Gründen:

Die Beschwerde gegen den Beschluß der Civilkammer des Landgerichts vom 16. Oktober 1886 ist zum Teil begründet:

I. Es bedarf zunächst nicht des Eingehens auf die Frage über die Natur des amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahrens und der Heranziehung des § 87 der Civilprozeßordnung. Denn dieser enthält über die Kosten des Entmündigungsverfahrens wegen Verschwendung in § 622 die Vorschrift: „die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, anderenfalls von dem Antragsteller zu tragen".

Es ist deshalb nicht erheblich, ob man den Antragsteller einer- und den zu Entmündigenden andererseits als Parteien bezeichnen will. Es genügt, daß je nachdem der Antrag Erfolg hat oder nicht, die Kosten demjenigen, gegen welchen der Antrag gerichtet war, oder aber dem Antragsteller auferlegt werden sollen.

Es kann sich nur darum handeln, was die Civilprozeßordnung unter „den Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens" verstanden hat.

Der vorige Richter gründet seine Entscheidung wesentlich darauf, daß nach dem Entwuf des § 622, welcher gelautet hat „die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens sind, wenn „die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, andern„falls von der Staatskasse zu tragen. Sie können u. s. w." nicht angenommen werden könne, daß der Staatskasse noch andere Kosten des Verfahrens als die Gerichtskosten (Zeugengebühren u. s. w.) haben aufgebürdet werden wollen. Dies wäre etwas außerordentliches und ausdrücklich gesagt worden. Diese Bedeutung habe aber die Vorschrift auch nach der von der Kommission vorgenommenen Aenderung nicht verloren.

Allein die Civilprozeßordnung unterscheidet nicht und legt nicht bloß die Gerichtskosten des Verfahrens, sondern allgemein „die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens" der Staatskasse nun den Beteiligten auf.

Ganz abgesehen von der von der Subkommission des Reichstags an § 622 vorgenommenen Aenderung kann die Annahme des vorigen Richters schon unter Zugrundelegung des Entwurfs zu § 622 und nach dem mit diesem übereinstimmenden und für das Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit geltenden § 601 der Civilprozeßordnung nicht gebilligt werden.

Denn es ist nicht zulässig, unter dem Ausdruck „Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens" etwas anderes zu verstehen, je nachdem die Staatskasse dieselben zu tragen hat und wieder etwas anderes, wenn dieselben dem Entmündigten oder dem Antragsteller auferlegt werden.

Wenn aber ein nach § 595 Abs. 1 zum Antrag auf Entmündigung Berechtigter den Antrag gegen einen Geisteskranken gestellt hat und diesem Antrag gemäß die Entmündigung erfolgt ist, so kann nicht zweifelhaft sein, daß der Entmündigte nicht bloß die Gerichtskosten, die Kosten der Zeugen u. s. w., sondern auch die Kosten des Antrags selbst zu tragen hat. Denn der Antrag, ohne welchen nach § 593 Abs. 2 und § 621 Abs. 2 Civilprozeßordnung überhaupt keine Entmündigung erfolgen kann und welcher eine Angabe der ihn begründenden Thatsachen und die Bezeichnung der Beweismittel enthalten soll, gehört notwendig zum amtsgerichtlichen Verfahren und die durch den Antrag verursachten Kosten gehören zu den Kosten dieses Verfahrens.

Ebenso können dem zu Entmündigenden durch die nach § 598 vorgeschriebene persönliche Vernehmung Kosten entstehen.

Wenn das Gericht nach § 601 Abs. 2 dem Antragsteller, welchen ein Verschulden trifft und welcher einen mutwilligen Antrag gestellt hat, die Kosten zuscheidet, so ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Antragsteller nur die Gerichtskosten solle tragen müssen, nicht aber die dem zu Entmündigenden selbst schuldhafter Weise verursachten Kosten und warum der Letztere auf den Umweg civilrechtlicher Klage verwiesen sein soll, während das Gericht schon wegen der Zeugengebühren u. s. w. über die Pflicht zur Tragung der Kosten und dar-

über zu entscheiden hat, ob den Antragsteller ein Verschulden trifft.

Dafür, daß die Kosten des Antrags unter den zu erstattenden begriffen sind, kann auch auf die Motivierung der Subkommission s. Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung I S. 894 verwiesen werden. Es wurde angeführt: der Charakter eines von Amtswegen zu betreibenden Verfahrens, sowie die Erwägung, daß durch die Gefahr der Kostenüberbürdung mancher berechtigte Antrag zurückgehalten würde, haben dazu geführt, das in § i adoptirte Prinzip aufzustellen. Hienach kann nicht die Absicht gewesen sein, gerade die Kosten des Antrags selbst unter allen Umständen dem Antragsteller zu überbürden.

Es ist sodann nichts außerordentliches, daß der Staatskasse die Kosten des Antragstellers auferlegt werden, denn im landgerichtlichen Verfahren, in welchem Anwaltszwang gilt, hat die Staatskasse unzweifelhaft die Kosten der Gegenpartei und ihres Anwalts zu tragen.

Aus § 614 Abs. 1 der Civilprozeßordnung kann nichts Gegenteiliges gefolgert werden. Dieselbe Bestimmung findet sich in den Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen s. § 591, in welchem es sich nicht um den Gegensatz eines amtsgerichtlichen und landgerichtlichen Verfahrens handelt. § 614 hat den Zweck, auszudrücken, daß obwohl der Staatsanwalt nur im öffentlichen Interesse auftrete, dennoch die Staatskasse wie eine Partei dem Gegner die Kosten zu erstatten habe und daß der Staatskasse und nicht dem Staatsanwalt die Kosten auferlegt werden sollen.

Hienach hat auch im amtsgerichtlichen Verfahren die Staatskasse, wenn ihr die Kosten auferlegt werden, die den am Verfahren Beteiligten erwachsenen Kosten zu tragen. Es ist aber vollends im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung, nach der von der Subkommission vorgenommenen Aenderung, wornach die Staatskasse nicht mehr beteiligt ist, ein Anhaltspunkt zu einer Unterscheidung zwischen Gerichtskosten und den den Beteiligten erwachsenen Kosten nicht vorhanden.

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Prinzip des Offizialverfahrens. Durch dieses sollte die Mitwirkung der Beteiligten am Verfahren nicht ausgeschlossen und kein summarisches Verfahren eingeführt werden. Dies geht schon aus der Vorschrift der §§ 596 und 597 der Civilprozeßordnung hervor, wornach der Antrag die Angabe der ihn begründenden Thatsachen und die Bezeichnung der Beweismittel enthalten und das Gericht unter Benützung derselben die erforderlichen Ermittlungen veranstalten soll. Es ergeben die Verhandlungen der Kommission, daß bei der hohen Wichtigkeit der Entmündigung für den dadurch Betroffenen auch im amtsgerichtlichen Verfahren die ausreichendste Verteidigung gegen den Antrag zugelassen sein müsse und es ist das Gericht insbesondere in dem Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung im wesentlichen lediglich an das von dem Antragsteller und dem zu Entmündigenden beigebrachte Material verwiesen. Es wäre unzweckmäßig gewesen, die vollständige Erörterung der Sachlage vor dem Amtsgericht zu erschweren, was durch Ausschluß der Ersatzleistung der den Beteiligten erwachsenen Kosten geschehen würde, weil um so gewisser die fraglichen Anträge im landgerichtlichen Verfahren gestellt würden.

II. Es ist aber auch die Annahme nicht zu billigen, daß § 87 der C.P.O. auf das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung keine Anwendung finden könne. In dem ersten Buche der Civilprozeßordnung sind die allgemeinen Bestimmungen vorangestellt, welche für die Prozedurarten der folgenden Bücher zu gelten haben, soweit diese keine abweichenden Vorschriften enthalten. Das sechste Buch zweiter Abschnitt enthält bezüglich des amtsgerichtlichen Verfahrens nur einzelne Bestimmungen über die Pflicht zur Kostentragung und hinsichtlich des landgerichtlichen Verfahrens sind nicht einmal alle Fälle der Kostentragungspflicht erschöpft, sofern der Fall, wenn die Anfechtungsklage gegen den Staatsanwalt gerichtet wird und dieser obsiegt, nicht erwähnt wird. Sonstige Vorschriften bezüglich der Kostenerstattung würden ganz fehlen.

Es sagen auch die Motive zum cit. fünften Titel des

Entwurfs „Aber auch in dieser Beschränkung enthält der Titel nicht alle Vorschriften des Entwurfs über die Prozeßkosten, vielmehr sind zahlreiche Spezialbestimmungen des Zusammenhangs wegen an den betreffenden Stellen des besonderen Teils gegeben. Kostenrechtliche Vorschriften enthalten namentlich die §§ 566, 574 des Entwurfs, welche die Fälle des Ehe- und Entmündigungsverfahrens regeln, in denen der Staatsanwalt als Partei auftritt und unterliegt". Wenn, was unzweifelhaft ist, die Vorschriften des 5ten Titels, 2. Abschn., 1. Buch auf die Kosten des landgerichtlichen Verfahrens zu beziehen sind, so besteht keine Vorschrift, daß sie für das in demselben Abschnitt geregelte amtsgerichtliche Verfahren ausgeschlossen sein sollen.

Die Frage kam sodann auch in der Kommission des Reichstags ausdrücklich zur Sprache. Zu § 604 — § m des Entwurfs der Subkommission — bemerkte der Abgeordnete Thilo, s. Hahn, l. c. II S. 898 „er vermisse eine Bestimmung wegen der Kosten in der Beschwerde-Instanz. Entweder sei die allgemeine Bestimmung des § 90 des Entwurfs hier anwendbar, oder die Bestimmung des § i (§ 601 des Gesetzes). Wenn in § m bezüglich der Kosten nichts gesagt werde, sei es nicht ausgeschlossen, auch in der Beschwerdeinstanz nach der von ihm prinzipiell mißbilligten Regel des § i zu entscheiden". Der Vorstand der Subkommission erwiderte: „Die Subkommission sei davon ausgegangen, daß für die Beschwerde die allgemeinen Bestimmungen des § 90 gültig sein sollen". Eine Bestimmung über die Kosten wurde hienach in § 604 nicht aufgenommen. Es herrschte aber Einverständnis darüber, daß die allgemeinen Bestimmungen des § 90 des Entwurfs zur Anwendung zu kommen haben und nicht § 601, worin die Anschauung der Kommission über die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen ohne besondern Hinweis auf dieselben ausgedrückt ist.

Gegen das bisherige beweist auch der Ausdruck „Rechtsstreit" in § 87 nichts. Es ist hierunter nicht bloß das ordentliche kontradiktorische Verfahren verstanden, sondern auch die Prozedurarten der weiteren Bücher der Civilprozeßordnung.

Auch bei dem amtsgerichtlichen Verfahren liegt ein Rechtsstreit vor, indem widerstreitende Interessen im Wege gerichtlichen Verfahrens zur Geltung gebracht werden. Hiezu ist zu verweisen auf § 3 und 14 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes, § 2 und 3 des Einführungsgesetzes hiezu, auf die Aufschriften des Gerichtskostengesetzes und der Anwaltsgebührenordnung „Gebühren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten", worin auch Vorschriften über die Kosten des amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahrens enthalten sind, s. § 34 des Gerichtskostengesetzes und § 33 des Entwurfs der Rechtsanwaltsgebühren-Ordnung.

Eine Partei im Sinne des kontradiktorischen Verfahrens ist zwar nicht vorhanden, wohl aber in dem Sinne, daß zwei Gegner einander gegenüber stehen, von denen der eine oder der andere je nach dem Ausgang des Verfahrens die Kosten zu tragen hat. Die Beteiligten sind in der Subkommission auch als Parteien bezeichnet worden, indem ein Abgeordneter bemerkte: „der Begriff Offizialverfahren enthalte doch nicht mehr, als daß der Richter bezüglich der Beweiserhebung nicht an die Anträge der Parteien gebunden sei".

Hienach hat auch im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren der Grundsatz Platz zu greifen, daß der Unterliegende dem Obsiegenden die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu erstatten hat. Hiezu gehören die Gebühren und Auslagen des beigezogenen Rechtsanwalts jedenfalls, Reisekosten insoweit, als die Zuziehung notwendig war. S. hiezu die Aeußerung von Amsbergs bei Hahn I S. 1107, Seuffert, Comm. S. 691; Blätter für Rechtsanwendung B. 47 S. 209; Gaupp, Comm. zu § 622; Daube, Entmündigungsverfahren S. 33.

III. Es ist anzunehmen, daß für die zu Entmündigenden die Zuziehung eines Anwalts geboten war. Sie selbst waren nicht im Stande, das zur Widerlegung der Behauptungen des Antrags und das zu ihrer Verteidigung nötige Material beizubringen und dem Gericht in brauchbarer Form vorzulegen. Die Antragsteller hatten einen Anwalt mit Durchführung des

Antrags beauftragt. Es handelte sich um ein größeres Beweisverfahren, bei welchem auch der gegnerische Anwalt, wie anzunehmen war, erschien. Ein bei dem Amtsgericht Nagold zugelassener Anwalt aber stand den zu Entmündigenden nicht zu Gebot. Hienach können die Reisekosten des zugezogenen Anwalts nicht beanstandet werden.

IV. Was die Gebühren desselben betrifft, so ist die Prozeßgebühr nicht angefochten. Im übrigen lautete der § 23 des Entwurfs der Rechtsanwaltsgebührenordnung dahin: „drei Zehnteile der in den §§ 13 bis 18 bestimmten Gebühren erhält der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt, wenn seine Thätigkeit betrifft: 1) die im Gerichtskostengesetz § 27 Nr. 1; § 34 Nr. 1, 2; § 35 Nr. 2, 4; § 47 Nr. 1—12 bezeichneten Angelegenheiten; 2) die Zwangsvollstreckung.

Das Gerichtskostengesetz enthielt nach seiner älteren Fassung in § 34 Nr. 2 die Gebühr für die Anträge auf Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung, soweit die Amtsgerichte zuständig sind. Die Motive zu § 23 der Rechtsanwaltsgebührenordnung bemerken: „der Entwurf zähle eine Reihe von Fällen auf, in welchen eine Herabsetzung der gewöhnlichen Gebühren der §§ 13 bis 18 auf drei Zehnteile erfolgen solle. Diese Minderung beziehe sich nur auf die Höhe, so daß je nach dem Gange des Prozesses jede Art der Gebühren in Anwendung kommen könne".

Allein die Kommission des Reichstags beseitigte in § 23 des Entwurfs die Anführung des § 34 Nr. 2 des Gerichtskostengesetzes und dies wurde bei der mündlichen Berichterstattung im Reichstage s. Prot. von 1879 S. 912 damit begründet, „die Aenderung, die hier zu bemerken sei, bestehe in der Streichung der Ziffer 2 des § 34. Der Wegfall dieser Ziffer bezwecke eine Streichung des sog. Entmündigungsverfahrens, welches als nicht in die niedrigen Sätze des Paragraphen einbegriffen von der Kommission erachtet und deßhalb hier weggelassen sei".

Der Antrag der Kommission wurde angenommen und das Gesetz enthält die Ziffer 2 des § 34 G.K.G. nicht mehr.

Demgemäß bemerken die Commentare: in diesem Falle

erhalte also der Rechtsanwalt die vollen Gebühren s. Walter, Rechtsanwaltsgebührenordnung S. 119; Meyer S. 51; Pfafferot S. 42; Willmowsky, Comm. zur Civilprozeßordnung S. 775 zu § 601.

Es ist nun auch nicht zu beanstanden, daß dem Rechtsanwalt, welcher den Antragsteller oder den zu Entmündigenden bei der Aufnahme der Beweismittel vertreten hat, der Satz des § 13 Ziffer 4, also die halbe Gebühr zusteht, da das Verfahren nach § 597 Abs. 1 und 4, § 621 Abs. 3 ein Beweisaufnahmeverfahren im Sinne des cit. § 13 ist.

Dagegen kennt die Civilprozeßordnung in dem amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren eine mündliche Verhandlung nicht, auch nicht fakultativ. Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, wenn der Richter eine mündliche Verhandlung anordnet. Es kann daher die Gebühr für eine mündliche Verhandlung nicht Platz greifen und es muß der Satz der Motive, daß je nach dem Gange des Prozesses jede Art der Gebühren in Anwendung kommen könne, auf die übrigen Ziffern des § 23 Rechtsanwaltsgebührenordnung bezogen werden, soweit bei diesen eine mündliche Verhandlung vorkommen kann.

Hienach war die Beschwerde der Antragsteller gegen den amtsgerichtlichen Kostenfestsetzungsbeschluß hinsichtlich der durch diesen zugelassenen Gebühr für die mündliche Verhandlung begründet.

V. Die Kosten des Festsetzungsverfahrens sind nicht ein Teil der Kosten des Entmündigungsverfahrens. Erstere sind von letzterem unabhängig s. Seuffert Archiv Bd. 41 S. 357. Auf die Kosten der Festsetzung finden die §§ 87 ff. Civilprozeßordnung Anwendung. Da beide Teile teilweise obsiegen, teilweise unterliegen, so sind die Kosten verhältnismäßig zu teilen.

Entscheidung des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts in Sachen der Eva Cath. D. c. Anna Maria W. vom 14. Januar 1887.

I.

Entscheidungen des K. Oberlandesgerichts.

B. In Strafsachen.

1.

Können die in zweiter Instanz dem Nebenkläger erwachsenen notwendigen Auslagen dem Angeklagten aufgebürdet werden, wenn dieselben durch eine nur von der Staatsanwaltschaft, wenn auch zu Gunsten des letzteren, ohne Erfolg eingelegte Berufung entstanden sind?

Str.P.O. § 437. Abs. 1. § 503. Abs. 1. § 505. Abs. 1.

Str. Senat 7. Okt. 1885. U. S. g. A. K. in A., wegen Beleidigung. Nr. 236. v. 1885.

„Durch das angefochtene Berufungsurteil ist die von der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Angeklagten eingelegte Berufung verworfen und im Kostenpunkte erkannt worden, daß der Angeklagte die dem Nebenkläger erwachsenen notwendigen Auslagen der zweiten Instanz zu erstatten habe, und im übrigen die Kosten des Verfahrens zweiter Instanz auf die K. Staatskasse übernommen werden. Die Staatsanwaltschaft hat gegen dieses Urteil, soweit durch dasselbe dem Angeklagten die Verpflichtung auferlegt wird, dem Nebenkläger die diesem in der zweiten Instanz erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten, Revision zu Gunsten des Angeklagten eingelegt. —

Von dem Berufungsgericht wird dieser Teil seiner Entscheidung damit begründet, daß J. G. A., nachdem er in erster Instanz Privatkläger gewesen, durch die Einlegung der Berufung seitens der Staatsanwaltschaft ohne Weiteres in die Stellung eines Nebenklägers eingetreten sei und als solcher die Rechte des Privatklägers, somit auch nach § 503. Abs. 1. der St.P.O. den Anspruch auf Ersatz seiner (notwendigen)

Auslagen gegenüber dem verurteilten Angeklagten habe. — Die Revision wird darauf gestützt, daß jener Ausspruch die Rechtsnorm des § 505. der St.P.O. verletze, wonach die Kosten eines erfolglos eingelegten Rechtsmittels denjenigen treffen, der dasselbe eingelegt hat.

Die Akten ergeben, daß die Berufung nur von der Staatsanwaltschaft, nicht auch von dem Angeklagten selbst, eingelegt worden, und daß der zur Hauptverhandlung geladene Nebenkläger im Beistand eines Rechtsanwalts erschienen ist. Es wird mit Recht nicht bestritten, daß die dem früheren Privatkläger und nachherigen Nebenkläger durch sein Erscheinen in der Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht und dadurch, daß er sich hiebei dem Staatsanwalt gegenüber, der zu Gunsten des Angeklagten das Rechtsmittel eingelegt hatte, eines Rechtsanwalts bediente, erwachsenen Auslagen notwendige und nur durch das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft verursachte Auslagen waren. Die in dem angefochtenen Urteil ausgesprochene Erstattungspflicht des Angeklagten dagegen wird von der Revision in Abrede gestellt. Sie kann nicht, wie vom Berufungsgericht geschehen, mit dem §. 503. Abs. 1. der Str.P.O. begründet werden. Die gemäß § 417. Abs. 3. und §. 437. Abs. 1. der Str.Pr.O. auch auf den Nebenkläger anwendbaren Bestimmungen des § 503., wonach in einem Verfahren auf erhobene Privatklage der Verurteilte auch die dem Privatkläger —, der Privatkläger auch die dem nicht verurteilten Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat, beruhen auf dem Gedanken, daß die Privatklage sich wesentlich dem Civilprozeß nähere, in welchem die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreites zu tragen und insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten hat, soweit dieselben zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren (Civ.P.O. § 87). Diese Bestimmungen setzen also, was im Verfahren der höheren Instanzen nicht immer der Fall ist, voraus, daß der Privatkläger und der Beschuldigte es sind, welche als Gegner sich gegenüberstehen. Dies trifft aber nicht zu, wenn, wie im gegenwärtigen Falle,

das bezügliche Verfahren bloß von der Staatsanwaltschaft angeregt worden, und somit die Entstehung der weiteren Auslagen für den bisherigen Privatkläger nur auf ihr Eingreifen zurückzuführen ist. § 503 findet wenigstens hinsichtlich solcher durch ein Rechtsmittel veranlaßter Kosten, beziehungsweise notwendigen Auslagen keine Anwendung. Ein Fall wie der vorliegende kann nur nach Maßgabe des § 505 Abs. 1 der St.P.O. entschieden werden. Wenn nun hier bestimmt wird, daß die Kosten eines erfolglos eingelegten Rechtsmittels denjenigen treffen, der dasselbe eingelegt hat, — daß, wenn das Rechtsmittel von der Staatsanwaltschaft eingelegt war, die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden können, — und daß, wenn das Rechtsmittel teilweisen Erfolg hatte, das Gericht die Kosten angemessen verteilen könne: so lassen all' diese Bestimmungen erkennen, daß die Strafprozeßordnung auch bei ihren Normen über die Kosten von Rechtsmitteln von dem Grundsatz ausgeht, daß die Kosten von demjenigen getragen werden sollen, welchem hinsichtlich derselben ein Verschulden zur Last fällt. Hiernach aber läßt sich nicht annehmen, daß Kosten eines nur von der Staatsanwaltschaft, wenn auch zu Gunsten des Beschuldigten, ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels dem letzteren aufgebürdet werden können; und dieß muß auch von notwendigen Auslagen gelten, welche einem Nebenkläger durch ein solches Rechtsmittel erwachsen sind. Eine Bestimmung, daß solchen Falles die dem Nebenkläger erwachsenen notwendigen Auslagen gleich den dem Beschuldigten erwachsenen der Staatskasse auferlegt werden können, ist nicht gegeben. Eine ausdehnende Auslegung der die notwendigen Auslagen des Beschuldigten betreffenden Bestimmung aber, wonach dieselbe auch zu Gunsten eines Nebenklägers angewandt werden könnte, ist nicht statthaft, weil, wie der Strafsenat bei einer früheren Entscheidung (württb. Gerichtsblatt Bd. XIX S. 395 ff.) ausgeführt hat, die Strafprozeßordnung die einer Partei erwachsenen Auslagen bloß ausnahmsweise in den Kreis ihrer Normen gezogen hat.

Demgemäß beruht das Urteil, soweit es den angefochtenen

Ausspruch enthält, auf einer Verletzung des § 505 der St.P.O. und ist daher insoweit unter Uebernahme der Kosten des Rechtsmittels auf die K. Staatskasse aufzuheben."

2.

1. Enthält ein nach Einreichung der Anklageschrift vom Verteidiger gestellter Antrag, einen Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen, eine Verteidigung im Vorverfahren im Sinne der Gebührenordnung für Rechtsanwälte § 67?

2. Ist eine solche auch in der gleichzeitigen Erklärung, bezüglich der übrigen Angeschuldigten eines Antrags sich zu enthalten, zu finden?

Gebührenordnung für Rechtsanwälte §§ 67. 72.

Str.Senat 9. Januar 1886. U. S. g. J. A. Sch. von H. und Gen., wegen Raubs. Nr. 329 von 1885.

„Der Beschwerdeführer hat, nach Einlauf der nach dem Schlusse der Voruntersuchung eingereichten Anklageschrift zum Verteidiger der vier Angeschuldigten bestellt, nach erhaltener Akteneinsicht vor Fassung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens eine Eingabe bei der Strafkammer eingereicht, in welcher er den Antrag, die Angeschuldigte P. W. außer Verfolgung zu setzen, stellt und begründet, bezüglich der drei andern Angeschuldigten aber eines Antrags sich zu enthalten erklärt. Hiefür spricht er, gestützt auf § 67 Ziff. 3 und § 72 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, eine Gebühr von 30 M. an. — Die Strafkammer hat diesen Anspruch für unbegründet erachtet, weil die bezeichnete Thätigkeit nicht als eine — nach § 67 der Gebührenordnung zu vergütende — Verteidigung im Vorverfahren, als welches mit dem Abschluß der Voruntersuchung, beziehungsweise der Einreichung der Anklageschrift beendigt werde, sondern nur als eine für das Hauptverfahren vorbereitende und daher nicht besonders in Rechnung zu nehmende Thätigkeit sich darstelle, für die nur, falls es zu einer Eröffnung des Hauptverfahrens nicht kommt, eine Aus-

hilfsgebühr nach § 89 der Gebührenordnung in Ansatz gebracht werden könnte. — Diese Auffassung kann nicht als dem Gesetz entsprechend angesehen werden. Indem die Strafprozeßordnung zwischen Vorverfahren und Hauptverfahren unterscheidet und die in den §§ 201 und 205 vorgeschriebene Entscheidung als den „Beschluß, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet wird", bezeichnet, erklärt sie dieselbe für den Beginn des Hauptverfahrens, und, da sie eine besondere Benennung für den Abschnitt des Verfahrens zwischen der nach stattgehabtem vorbereitendem Verfahren erfolgten Erhebung der Anklage, beziehungsweise zwischen dem Schluß der Voruntersuchung und der Eröffnung des Hauptverfahrens nicht hat, so muß eine Thätigkeit des Verteidigers, welche in die Zeit vor dieser Enscheidung fällt, als im Vorverfahren vorgenommen um so mehr gelten, als infolge der Bestimmungen des § 195 Abs. 2, § 199 Abs. 1 und 3 und § 200 der St.P.O. durch die Einreichung der Anklageschrift gemäß § 197 oder den Schluß der Voruntersuchung gemäß § 195 Abs. 1 und 3 eine wirkliche Beendigung des Vorverfahrens nicht mit rechtlicher Notwendigkeit herbeigeführt wird. Eine weitere erhebliche Stütze findet diese Auslegung in der Bestimmung des § 250 Abs. 2 der Str.P.O., wo die „Eröffnung des Hauptverfahrens" und das „Vorverfahren" einander gegenübergestellt werden. Zu einer entgegengesetzten Auffassung nötigt auch das nicht, daß bei derselben ein Widerspruch zwischen § 142 und § 140 letzter Absatz der St.P.O. gefunden werden kann. Hinsichtlich des vorliegenden Falls kommt überdies in Betracht, daß eine die Abwendung der Eröffnung des Hauptverfahrens bezielende Thätigkeit des Verteidigers nicht als eine lediglich für das Hauptverfahren vorbereitende beurteilt werden kann, und eine solche in besonderem Maße durch die Erklärung der Motive zu § 66 des Entwurfs der Gebührenordnung für Rechtsanwälte (= § 67 des Gesetzes) getroffen wird, daß die Verteidigung im Vorverfahren als ein völlig abgesonderter Teil der Thätigkeit eines Verteidigers angesehen und sie deshalb auch besonders vergütet werden müsse. Die Anwendung des § 89 der Gebührenordnung

auf einen Fall von der Art des gegenwärtigen aber erschiene auch darum unzutreffend, weil dieselbe, wenn eine Verteidigung sowohl vor Einreichung der Anklageschrift, beziehungsweise dem Schluß der Voruntersuchung, als auch nach Mitteilung der Anklageschrift an den Angeschuldigten stattgefunden hat, zu Bewilligung einer doppelten Gebühr führen würde, was dem Wesen der für das Vorverfahren, wie der für das Hauptverfahren festgesetzten Gebühren als Bauschgebühren widerspräche (vergl. § 70 und Motive zu § 69 d. E.). — Die angesprochene Erhöhung der Gebühr des § 67 Ziff. 3 gemäß § 72 der Gebührenordnung endlich ist deshalb für begründet zu erachten, weil in dem betreffenden Schriftsatze die glaubhafte Versicherung des Verteidigers zu finden ist, daß er auch bezüglich der Angeschuldigten Sch., R. und B. die ihm mitgeteilten Akten in der Richtung geprüft habe, ob nicht Anträge zu stellen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzubringen seien, — wonach anzunehmen ist, daß auch im Vorverfahren mehrere Beschuldigte durch ihn als ihren gemeinschaftlichen Verteidiger verteidigt worden sind.

Demgemäß ist der erhobene Gebührenanspruch in seinem vollen Umfange als berechtigt anzuerkennen und daher der eingelegten Beschwerde abzuhelfen".

3.

1. Gestatten die §§ 325 und 326 der St.P.O. Verfügung von Vermögensbeschlagnahmen auch nach einem rechtskräftigen Urteil?

2. Kann nach eingetretener Rechtskraft des Urteils eine rechtswirksam verfügte Vermögensbeschlagnahme noch wirksam vollzogen werden?

3. Ist das Strafgericht zuständig, Verfügungen zur Vollziehung einer von ihm verfügten Vermögensbeschlagnahme zu erlassen?

Str.P.O. §§ 325. 326. 495. 36.

Str.Senat 31. Dezember 1883. U. S. g. E. B. von D.

und g. J. J. P. von H., je wegen Verletzung der Wehrpflicht. Nr. 250 von 1883.

„Die K. Staatsanwaltschaft N. beschwert sich gegen den Beschluß der Ferienkammer des dortigen Landgerichts als Strafkammer vom 14. Septbr. d. Js., durch welchen ihr Antrag, das im deutschen Reich befindliche Vermögen des Zimmermanns E. B. von O. gemäß § 326 der St.P.O. mit Beschlag zu belegen, und ihr gleichzeitiger Antrag, behufs des Vollzugs der unter dem 17. April 1882 verfügten, aber noch nicht vollzogenen Beschlagnahme des Mutterguts des Steinhauers J. J. P. von H. gemäß § 325 der St.P.O. die nach §§ 808, 810 Abs. 1 und § 730 der C.P.O. erforderlichen weiteren Verfügungen zu erlassen, abgelehnt worden ist.

Die Zulässigkeit der eingelegten Beschwerde läßt sich ungeachtet der fakultativen Fassung jener §§ 325 und 326 nicht bezweifeln, teils angesichts des § 346 Abs. 1 der Str.P.O., sofern das Gesetz Beschlüsse, welche auf Grund der genannten Bestimmungen ergehen, beziehungsweise die Ablehnung solcher Beschlüsse einer Anfechtung nicht entzieht, teils darum, weil mit dem Rechtsmittel der Beschwerde auch die Angemessenheit einer gerichtlichen Entscheidung angegriffen werden kann.

Die Ablehnung der angeführten Anträge ist darauf gestützt, daß das Urteil der Strafkammer vom 17. April 1882, welches jeden der Genannten wegen eines Vergehens der Verletzung der Wehrpflicht — St.G.B. § 140 Ziff. 1 — zu der Geldstrafe von 400 M. und in die Kosten des Verfahrens verurteilt hat, längst die Rechtskraft beschritten habe, die §§ 325 und 326 der St.P.O. aber die Zulässigkeit einer Beschlagnahme gegen einen Angeklagten nur für die Zeit regele, ehe ein rechtskräftiges Erkenntnis vorliegt, und, was den Angeklagten B. betrifft, die Ferienkammer als Strafkammer mit Rücksicht auf § 495 der St.P.O. zur Anordnung einer Beschlagnahme nicht zuständig erscheine, in Beziehung auf den Angeklagten P. aber angenommen werden müsse, daß die in jenem Urteil gegen denselben erlassene Beschlagnahme, wenn rechts-

wirksam verfügt, nach eingetretener Rechtskraft des Urteils doch nicht mehr wirksam vollzogen werden könne, sofern sie beim Wegfall der Voraussetzungen der §§ 325 und 326 der St.P.O. einer gesetzlichen Grundlage entbehre, daß übrigens, selbst wenn diese Bestimmungen an sich anwendbar wären, die beantragte Vollziehung der Beschlagnahme deshalb unzulässig erschiene, weil die nach § 325 maßgebenden Grundsätze der Civilprozeßordnung (§ 796 ff.) zu der Annahme nötigen, ein Sicherungsarrest sei überall da ausgeschlossen, wo, wie im vorliegenden Falle, beim Vorhandensein eines ohne weiteres vollstreckbaren Urteils der sofortigen Zwangsvollstreckung, speziell der Vollstreckungspfändung kein Hindernis im Wege stehe.

Diese Begründung ist irrig. Anzuerkennen ist, daß der gemäß § 480 der St.P.O. auf die in § 140 des St.G.B. vorgesehene Beschlagnahme anzuwendende § 325 der St.P.O. seinem Wortlaute nach, sofern er von Deckung der den Angeschuldigten möglicherweise treffenden höchsten Geldstrafe redet, nur von einer vor Erlassung eines Strafurteils oder doch vor Eintritt der Rechtskraft eines solchen zu verfügenden Beschlagnahme handelt, und daß dasselbe auch von dem durch seinen Inhalt auf den § 325 zurückweisenden § 326 der Str. P.O. gilt. Allein nicht abzusehen wäre, weshalb der Gesetzgeber bloß insolange, als es möglich erscheint, daß gegen einen Abwesenden ein auf Geldstrafe und Kostenzuscheidung lautendes Urteil ergehe, die Sicherung von dessen Vollstreckung sollte ermöglichen —, diese Sicherung aber dann nicht sollte zulassen wollen, wenn wirklich ein solches Urteil gegen denselben ergangen und rechtskräftig geworden ist, während doch auch hiefür — der rechtlichen Vollstreckbarkeit ungeachtet — ein Bedürfnis vorliegen kann und insbesondere in solchen Fällen vorliegt, in welchen entweder es zur Zeit an einem Gegenstand für eine Zwangsvollstreckung überhaupt fehlt, oder alsbaldige Vornahme der Zwangsvollstreckung nicht ausführbar ist (etwa wegen Unkenntnis des Ortes, wo ein solcher Gegenstand sich befindet), oder als nicht angemessen sich darstellt, sofern sie wegen im Fall einer Zwangsveräußerung zu befürchtenden

unverhältnismäßigen Mindererlöses dem Interesse der forderungsberechtigten Staatskasse widerspräche oder für den Angeklagten eine empfindliche Härte enthielte. Die gewählte Fassung läßt sich füglich daraus erklären, daß der Gesetzgeber auf Grund der Erwägung, daß eine Beschlagnahme um so eher ausführbar sein werde, je weniger weit das Verfahren gegen den Abwesenden vorgeschritten ist, als den regelmäßigen Zeitpunkt dieser Maßregel die Zeit vor ergangenem Urteil in's Auge gefaßt und mit Rücksicht hierauf, wie er in den Worten „möglicherweise treffenden höchsten Geldstrafe" gethan, einen Maßstab für den Umfang der zugelassenen Beschlagnahme hat bestimmen müssen. Hiernach erscheint die Annahme begründet, daß der § 325 lediglich zu eng gefaßt sei. Uebrigens spricht für die Auslegung, daß die §§ 325 und 326 die Verfügung von Beschlagnahme auch nach einem rechtskräftigen Urteil gestatten, außerdem der Umstand, daß dasjenige Mitglied der Justizkommission des Reichstags, auf dessen Antrag die Bestimmungen der §§ 325 und 326 zurückzuführen sind, selbst auch — und zwar ohne Widerspruch zu finden — von einer Beschlagnahme zur Sicherung einer erkannten Geldstrafe redet (Hahn, Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Abtlg. S. 1480).

Inwiefern sodann der die Vollstreckung der über eine Vermögensstrafe oder eine Buße ergangenen Entscheidung betreffende § 495 der St.P.O. die Zuständigkeit der Strafkammer zur Anordnung einer nur zur Sicherung der Urteilsvollstreckung bestimmten und führenden Beschlagnahme ausschließen, also dem gestellten Antrag auf Beschlagnahme gemäß § 326 in Beziehung auf den Angeklagten B. entgegenstehen sollte, ist nicht verständlich, auch von der Strafkammer nicht begründet worden.

Weil somit die hinsichtlich dieses Angeklagten von dem Beschwerdeführer beantragte Verfügung rechtlich nicht zu beanstanden ist, und, sofern demselben nach einem Zeugnis seiner Ortsbehörde ein Vermögensanfall in Aussicht steht, auch angemessen erscheint, so ist die bezügliche Entscheidung aufzuheben

und durch eine dem diesfalls gestellten Antrag entsprechende zu ersetzen.

Der Antrag, behufs des Vollzugs der gegen den Angeklagten P. unter dem 17. April 1882 verfügten Beschlagnahme seines Mutterguts die nach Maßgabe der Civilprozeßordnung erforderlichen weiteren Verfügungen zu erlassen, kann nicht, wie geschehen, aus dem Grunde abgelehnt werden, weil nach eingetretener Rechtskraft diese Beschlagnahme infolge Wegfalls der Voraussetzungen der §§ 325 und 326 der St.P.O. einer gesetzlichen Grundlage entbehre; denn eine Aufhebung der verfügten Beschlagnahme, welche im Fall des Wegfallens ihres Grundes erforderlich wäre, hat nicht stattgefunden, und dies mit Recht, weil dem Ausgeführten zufolge durch den Eintritt der Rechtskraft der Grund derselben nicht weggefallen ist. — Die Ablehnung des Antrags kann auch nicht durch die Behauptung gerechtfertigt werden, daß die nach § 325 der St.P.O. maßgebenden Grundsätze der Civilprozeßordnung der Verhängung eines Sicherungsarrests wegen der vorhandenen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urteils entgegenstehen; denn, selbst angenommen, es wäre dies ein Grundsatz der Civilprozeßordnung, so fände er doch auf den vorliegenden Fall darum keine Anwendung, weil nach § 325 der St.P.O. auf die daselbst vorgesehene Beschlagnahme nur die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Vollziehung und die Wirkungen des dinglichen Arrestes entsprechende Anwendung finden. — Gleichwohl ist die bezügliche Beschwerde der Staatsanwaltschaft als unbegründet zu erachten, und zwar deshalb, weil es sich hinsichtlich des Angeklagten P. nur um die Vollziehung einer längst vom Gericht verfügten Beschlagnahme handelt, zur Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen aber nach § 36 der St.P.O. von der Staatsanwaltschaft das Erforderliche zu veranlassen ist und im Hinblick auf die eben bemerkten engen Grenzen der Anwendbarkeit der civilprozessualischen Normen über Zwangsvollstreckung auf die Beschlagnahmen im Verfahren gegen Abwesende aus den Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Zuständig-

keit für die Anordnung eines Arrestes, beziehungsweise für die Pfändung einer Forderung die Zuständigkeit des Strafgerichts zur Erlassung der von der Staatsanwaltschaft bei der Strafkammer beantragten Verfügungen nicht hergeleitet werden kann.

Hiernach ist der eingelegten Beschwerde in ihrem ersten Teile stattzugeben; im zweiten ist sie zu verwerfen."

4.

1. Kann eine Uebertretung des § 14 Abs. 2 des Impfgesetzes durch Nichtbeachtung einer Aufforderung zur Impfung außerhalb der im § 6 Abs. 2 bestimmten Zeit begangen werden?

2. Kann in Einem Jahre wiederholt auf Grund des § 14 Abs. 2 gegen dieselbe Person Strafe verhängt werden?

3. Schließt eine Bestrafung aus dem ersten Absatz des § 14 eine spätere Bestrafung derselben Person aus dem zweiten Absatze dieses Paragraphen aus?

Impfgesetz vom 8. April 1874 § 14. Non bis in idem. Str.Senat 2. April 1884. U.S. g. J. B. in H., wegen Uebertretung des Impfgesetzes. Nro. 79 von 1884.

„Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Angeklagte der ihm am 31. Oktober v. Js. zugestellten Auflage des Oberamts H. vom 10. desselben Monats, sein am 20. Juli 1880 geborenes Kind binnen zehn Tagen impfen zu lassen, nicht nachgekommen sei, weil er ein Gegner des Impfens sei; und es hat ausgesprochen, daß derselbe sich hiedurch einer Uebertretung im Sinne des § 14 Abs. 2 des Impfgesetzes vom 8. April 1874 schuldig gemacht habe und deshalb zur Strafe zu ziehen sei.

Der Angeklagte hat den Urteilsgründen zufolge die von ihm eingelegte Berufung zuvörderst auf die Behauptung gestützt, daß nach § 6 des Impfgesetzes die Aufforderung zur Impfung nur in der Zeit vom Anfang Mai bis Ende September jeden Jahres erfolgen dürfe, und schon deshalb die an

ihn ergangene Aufforderung der gesetzlichen Berechtigung entbehre. Allein der angeführte § 6 schreibt die Wahl der bezeichneten Zeit nur für die von dem staatlich zu bestellenden Impfarzt vorzunehmende ordentliche öffentliche Impfung vor. Der § 4 des Impfgesetzes, welcher bestimmt, daß die Impfung, wenn sie ohne gesetzlichen Grund unterblieben, binnen einer von der zuständigen Behörde zu setzenden Frist nachzuholen sei, legt diesem seinem Wortlaute nach diesfalls der Behörde keinerlei Beschränkung auf, indem er irgend eine Zeit für ausgeschlossen erklären würde; und es liegt auch für eine solche einschränkende Gesetzesauslegung überall kein Grund vor, da nach § 2 des Gesetzes ein Impfpflichtiger, welcher nach ärztlichem Zeugnis ohne Gefahr für sein Leben oder für seine Gesundheit nicht geimpft werden kann, der Impfung nicht zu unterziehen ist, so lange diese Gefahr besteht.

Ferner hat der Angeklagte die Behauptung aufgestellt, daß das Impfgesetz, welches sich zufolge der §§ 2—8, 10 und 12 immer auf einen jährlichen Turnus, die Impfperiode eines Jahrs, stütze, überhaupt nur höchstens Eine jährliche Bestrafung beabsichtige. Auch diese Behauptung ist irrig. Von den angeführten Paragraphen, insoweit sie eine solche Fristbestimmung enthalten, handelt der § 2 von Unterlassung der Impfung aus einem gesetzlichen Grunde, die §§ 3 und 10 von erfolglos gebliebener Impfung, § 6, wie bereits bemerkt, von der ordentlichen öffentlichen Impfung, die §§ 7 und 8 Abs. 2 schreiben die für die Durchführung der Impfung, beziehungsweise für die Beaufsichtigung derselben zu treffenden Anordnungen vor. All' diese Paragraphen sind daher bei der Verschiedenheit zwischen ihrem Inhalte und dem des § 14 Abs. 2, welcher die zur Anwendung gebrachte strafgesetzliche Bestimmung enthält, sowie dem jenes § 4, der dieser zu Grund liegt, nicht geeignet, die versuchte einschränkende Auslegung des § 14 Abs. 2 zu rechtfertigen, und dies um so weniger, als diese der Absicht des Gesetzes widerspräche, welches seinen Motiven zufolge durch das allgemein fühlbar gewordene Bedürfnis einer *wirksamen* Bekämpfung der gefährlichen Blatternkrankheit hervorgerufen

worden ist, und dessen § 4 von den Motiven mit der Bemerkung begründet wird:

„Für den Fall, wo eine Impfung ohne hinlänglichen Grund unterlassen ist, war die Bestimmung der Frist zu deren Nachholung dem Ermessen der Behörde vorzubehalten, welche in der Lage sein muß, einer etwaigen absichtlichen Uebertretung der gesetzlichen Vorschrift mit Entschiedenheit zu begegnen".

Ist hiernach anzunehmen, daß bei fortgesetzter Weigerung gemäß § 4 zur Nachholung einer ohne gesetzlichen Grund unterbliebenen Impfung auch mehr als einmal im Jahre eine Frist gesetzt werden kann und soll, so muß auch angenommen werden, daß im Fall der Nichtbeachtung der mit der wiederholten Frist verbundenen Aufforderung gemäß § 14. Abs. 2 auch wiederholte Bestrafung, wenngleich in Einem Jahre, zu erfolgen hat.

Der Angeklagte hat weiter geltend gemacht, daß seine Verurteilung auf einer Verletzung des Gesetzes insofern beruhe, als die Rechtsnorm, wonach wegen einer und derselben Handlung eine mehrmalige Bestrafung nicht statthaft ist, nicht richtig angewandt, beziehungsweise außer Beachtung geblieben sei. Er hat dies durch die Ausführung zu begründen gesucht, daß er wegen Uebertretung des Impfgesetzes durch oberamtliche Strafverfügung vom 10/31. Oktober vor. Js. bestraft worden, daß seine Uebertretung aus einer Einheit der Handlung und des Willens bestehe, und es nach den Grundsätzen des Strafrechts unmöglich sei, den widerrechtlichen Zustand in verschiedene Abschnitte zu zerlegen und ihn, den Angeklagten, wegen dieser nämlichen Uebertretung wiederholt zur Strafe zu ziehen. Von einer Verletzung des bezeichneten Rechtsgrundsatzes kann jedoch schon darum keine Rede sein, weil das angefochtene Strafurteil und die diesem vorausgegangene polizeiliche Strafverfügung keineswegs eine und dieselbe That, einen und denselben gesetzlichen Thatbestand zum Gegenstande haben. Das angefochtene Urteil bestraft den Angeklagten aus § 14 Abs. 2 des Impfgesetzes, weil er ohne gesetzlichen Grund und trotz erfolgter amtlicher Aufforderung die Impfung seines Kindes

herbeizuführen unterlassen habe; die vorherige polizeiliche Strafverfügung aber hat ihn aus § 14 Abs. 1 bestraft, weil er den ihm als Vater obliegenden Nachweis der erfolgten oder aus einem gesetzlichen Grunde unterbliebenen Impfung seines Kindes zu führen unterlassen habe. Die ihm zur Last fallende Unterlassung ist sonach im ersten Falle eine andere, als im zweiten, und demgemäß ist bei derselben auch die jeder zu Grund liegende Willensrichtung eine verschiedene. Es kann auch dem Gesetz gegenüber nicht von Einem widerrechtlichen Zustand, welcher durch eine zweimalige Bestrafung auf unzulässige Weise in verschiedene Abschnitte zerlegt werde, gesprochen werden; denn, will man das Unterlassen des Angeklagten nach der Wirkung desselben in's Auge fassen und diese als einen Zustand bezeichnen, so muß man von zwei durch die beiderlei Unterlassungen geschaffenen rechtswidrigen Zuständen reden. Der ersten Bestrafung würde der Angeklagte auch dann verfallen sein, wenn die Impfung seines Kindes nicht —, oder wenn sie aus einem gesetzlichen Grund unterblieben wäre, und er lediglich die amtlich erforderte Führung des Nachweises schuldhaft unterlassen hätte. Die bezüglichen Vorschriften der §§ 12 und 14 Abs. 1 bezwecken unmittelbar nur, die vom Gesetz angeordnete Ueberwachung der Erfüllung der gesetzlichen Impfpflicht zu ermöglichen. Die Uebertretung derselben ist daher mit anderer, und zwar leichterer Strafe bedroht, als die Nichterfüllung der Impfpflicht selbst. Die Verschiedenheit der beiden Thatbestände wird dadurch nicht aufgehoben, daß die Unterlassung der Nachweisführung meistens aus der Unterlassung der Impfpflichterfüllung mit Notwendigkeit hervorgeht, noch auch dadurch, daß gemeiniglich beide Uebertretungen in der Abneigung gegen das Impfen oder in dem Widerstreben gegen den Impfzwang, also in dem gleichen Beweggrund ihre Quelle haben. — Die Aufstellung des Beschwerdeführers, daß seine Bestrafung aus dem 1. Absatz des § 14 seine nochmalige Bestrafung aus dem zweiten Absatze dieses Paragraphen ausschließe, erscheint auch aus dem weiteren Grunde als unhaltbar, weil, wie aus der Vorschrift des § 4 und weiterhin aus der Gesamt-

heit der Bestimmungen des Impfgesetzes und dessen Entstehungsgeschichte sich ergibt (vergl. Entscheidung des Strafsenats vom 2. Dezember 1880 im württembergischen Gerichtsblatt Bd. XVIII Seite 285 ff.), selbst durch eine abermalige Bestrafung eines Vaters aus Absatz 2 des § 14 wegen Nichtbeachtung einer in Beziehung auf Ein Kind desselben auf Grund des gesetzlichen Gebots wiederholt an ihn erlassenen amtlichen Aufforderung der Grundsatz, daß für eine und dieselbe strafbare Handlung oder Unterlassung nur einmal Strafe erkannt werden darf, nicht verletzt wird. Hiernach ist auch dieser Angriff hinfällig."

5.

Fällt eine unkontrollierte Weineinlage eines Wirtes unter Art. 50 des Wirtschaftsabgabengesetzes nur dann, wenn sie zum Zwecke des Ausschanks erfolgt?

Gesetz vom 9. Juli 1827, die Wirtschaftsabgaben betreffend, Art. 50. 9. 15.

Str.Senat 30. September 1885. U.S. gegen den Schankwirt M. D. in St. Nr. 234 von 1885.

„Nach den Gründen des angefochtenen Berufungsurteils ist als festgestellt zu erachten, daß der Angeklagte in der Zeit von Jakobi 1884 bis in das Spätjahr 1884 nach und nach in Fortwirkung Eines Entschlusses neben ordnungsmäßig eingelegtem und zur Versteuerung gelangtem Weine zum wenigsten 250 Liter aus einem bestimmten Konsumvereinsladen bezogenen Rotwein in sein Haus eingebracht habe, ohne denselben dem Steuerbeamten zur Kontrolle zu stellen, und daß dieser vollständig zur Verwendung gekommene Wein von ihm nicht — wie er glauben machen wolle — ausschließlich für seine Frau und den sonstigen Haushaltsbedarf bezogen, auch daß er wenigstens zum Teil in der Wirtschaft gegen Bezahlung, und zwar mindestens von 80 Pf. für das Liter, ausgeschenkt worden sei.

Die Revision wird auf Verletzung des Art. 50 des Wirtschaftsabgabengesetzes insofern gestützt, als gesetzliche Voraussetzung der Anwendbarkeit dieses von dem Berufungsgericht zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes die thatsächliche oder beabsichtigte Veräußerung unversteuerten Weins durch einen Wirt in seinem Geschäftsbetrieb sei, der Unterrichter aber mit Rücksicht auf das Vorbringen des Angeklagten, wonach diese Voraussetzung der Strafbarkeit nicht vorliege, einer bestimmten Entscheidung dieser Beweisfrage sich nicht, wie er gethan, habe entziehen dürfen. Es wird ausgeführt, daß vom Gesetz mit klaren Worten die Voraussetzung des „Ausschanks" aufgestellt sei, und der gesetzgeberische Zweck der betreffenden Strafvorschrift lediglich in der Verhinderung unbesteuerten Wirtschaftsbetriebs und Geschäftsumsatzes bestehe; ferner: daß die Berufung auf Art. 15 des genannten Gesetzes unzutreffend sei, weil, abgesehen davon, daß eine Erhebung und thatsächliche Feststellung des umgeldfreien Hausbrauchs gegenüber dem Angeklagten überhaupt fehle, aber in jener Bestimmung das an sich selbstverständliche Prinzip, daß das zu Privatgenuß thatsächlich verwendete Getränke steuerfrei sein solle, ausgesprochen sei; endlich: daß die Unhaltbarkeit der Rechtsansicht des Unterrichters aus den Ausführungen erhelle, in welchen die Ermittelung des vermeintlichen Ausschankpreises versucht werde, nachdem eine Entscheidung der Frage des erfolgten Ausschanks überhaupt nicht erfolgt sei, und daß die Annahme eines Preises von 80 Pf., zu welcher der Unterrichter nur auf dem Wege von Mutmaßungen und Wahrscheinlichkeitsberechnungen gelange, keine genügend sichere thatsächliche Feststellung enthalte, weshalb das Urteil auch in dieser Richtung angefochten werde.

Das Berufungsgericht hat dem Angeführten zufolge allerdings nicht festgestellt, daß der Angeklagte sämtliche in sein Haus eingebrachte 250 Liter Rotwein ausgeschenkt oder zum Zwecke des Ausschanks eingebracht habe, und dennoch bei Bemessung der in der „Konfiskation des Ausschankserlöses" bestehenden Strafe den ganzen Betrag zu Grund gelegt. Es hat aber hiedurch nicht rechtlich geirrt. Die Behauptung der

5 *

Revision, daß das angewandte Strafgesetz nur den Ausschank unversteuerten Getränkes oder dessen Bezug behufs Ausschanks mit Strafe bedrohe, ist unbegründet. Dasselbe bedroht ohne jeden beschränkenden Beisatz den „Wirt, welcher ohne Beisein des Accisers Wein oder anderes Getränke in sein Haus und in seinen eigenen oder fremden Keller einbringt,“ und spricht erst bei Bestimmung der Strafe, welche es, je nachdem der Wein bereits ausgeschenkt oder noch vorhanden ist, verschieden festsetzt, von Ausschank des Getränkes. Daß gleichwohl das Einbringen von Wein von seiten eines Wirts, wenn und soweit es zu seinem oder seiner Angehörigen Privatverbrauch erfolgte, nicht unter eine der fraglichen Strafdrohungen falle, kann nicht angenommen werden. Es steht dem entgegen schon der Charakter der bezüglichen Vorschrift, durch welche die vom Gesetz verlangte „genaue Kontrolle“ der Weineinlagen der Wirte ermöglicht und so Steuergefährdungen begegnet werden soll, und die Erwägung, daß solchen Thür und Thor geöffnet wäre, wenn die Auffassung des Beschwerdeführers dem Sinn des Gesetzes entspräche, sodann aber insbesondere der Art. 15 des Wirtschaftsabgabengesetzes, wonach der Hausbrauch eines Wirts an Wein, sowie der gewöhnliche Abgang vom Umgeld freizulassen ist, aus welcher Bestimmung folgt, daß das ausgemittelte und festgesetzte Maß des sogenannten Hausbrauchs bereits bei Berechnung der Steuer berücksichtigt wird, und somit ein Wirt nicht berechtigt sein kann, zum Privatverbrauch bestimmten Wein der Kontrolle zu entziehen. Das Berufungsgericht hat überdies, indem es in seinen Urteilsgründen angeführt hat, daß der Angeklagte in dem betreffenden Zeitraume (sonstigen) Wein ordnungsmäßig eingelegt habe, und daß der wegen zulässigen Hausverbrauchs zu bemessende Abzug schon vollständig von dem kontrollierten Getränke des Angeklagten zu machen gewesen sei, ausgesprochen, daß eine Berücksichtigung des Hausbrauchs desselben wirklich stattgefunden gehabt habe. Inwiefern die angebliche Unhaltbarkeit der Rechtsansicht des Unterrichters aus den Ausführungen erhellen soll, in welchen die Ermittelung des „vermeintlichen“ Ausschankspreises ver-

sucht worden, nachdem eine Entscheidung der Frage des erfolgten Ausschanks überhaupt nicht gegeben worden, ist nicht gesagt und nicht verständlich. Mit offenbarem Unrecht wird behauptet, daß es an einer Entscheidung dieser Frage fehle. Denn die Urteilsgründe sagen wörtlich: „Der Feststellung, daß von dem Wein in der Wirtschaft gegen Bezahlung ausgeschenkt worden sei, bedarf es indes nur wegen der Höhe des Ausschankspreises; wieviel das so Ausgeschenkte und wieviel das sonst Verwendete betragen haben mag, kann dahin gestellt bleiben." Ferner: „Unter diesen Umständen geht man mit der Annahme nicht fehl, daß einem solchen Gast auch von dem Konsumvereinswein — — ausgeschenkt worden sei." Unstatthaft ist endlich die Anfechtung des Urteils aus dem Grunde, weil die Annahme eines Ausschankspreises von 80 Pf., als auf Mutmaßungen und Wahrscheinlichkeitsberechnungen beruhend, keine genügend sichere thatsächliche Feststellung enthalte; denn die Zuverlässigkeit der einer thatsächlichen Annahme zu Grund liegenden thatsächlichen Voraussetzungen und die Schlüssigkeit der aus letzteren gezogenen thatsächlichen Folgerungen kann mittels der Revision nicht angegriffen werden.

Hiernach ist nicht anzunehmen, daß das angefochtene Urteil auf einer Verletzung des zur Anwendung gebrachten Gesetzes beruhe."

6.

Ist auch die ohne polizeiliche Erlaubnis erfolgte unentgeltliche Abgabe von Arzneien, wenn der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, strafbar?

St.G.B. § 367. Ziff. 3.

Str.Senat 24. Dezember 1884. U.S. gegen Ch. B. in H., wegen unerlaubter Abgabe von Arzneien. No. 264 von 1884.

Die Revision hat behauptet, daß, da nicht festgestellt sei, daß die Angeklagte die von ihr als Heilmittel abgegebenen homöopathischen Streukügelchen, Pillen im Sinne der Anlage A der Reichsverordnung vom 4. Januar 1875, betreffend den

Verkehr mit Arzneimitteln, feilgeboten oder verkauft habe, ihr Verletzung eines Strafgesetzes nicht zur Last gelegt werden könne, sofern die gedachte Reichsverordnung, welche das Strafgesetz zu ergänzen, zu erläutern bestimmt sei und daher wie ein Gesetz wirke, bloß auf das Feilbieten und Verkaufen, nicht auch auf sonstiges, auf unentgeltliches Ueberlassen an Andere sich erstrecke, was nur den Sinn haben könne, daß letzteres nicht vom Strafgesetz betroffen, sondern freigelassen werden solle. Dieser Angriff ist verfehlt. Jene Verordnung hat, wie aus der in ihrem Eingang ausgedrückten Bezugnahme auf „die Bestimmungen am Schluß des § 6 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869" und aus ihrem Gesamtinhalte erhellt, lediglich den Zweck und die Bedeutung, zu „bestimmen, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind," und zugleich der bezüglichen Bestimmung des § 367 Ziff. 3 des St.G.B. die für ihre Anwendbarkeit notwendige Ergänzung zu gewähren, da diese Bestimmung, indem sie denjenigen mit Strafe bedroht, welcher ohne polizeiliche Erlaubnis Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt, nicht ausspricht, was sie unter „Arzneien" versteht und wie weit der Handel mit Arzneien freigegeben ist. Wäre die Auffassung der Revision richtig, so müßte angenommen werden, daß durch die Reichsverordnung das Strafgesetz nicht ergänzt oder erläutert, sondern — was selbstverständlich unzulässig wäre — abgeändert worden sei. Hiernach bedarf es kaum noch der Bemerkung, daß eine Erläuterung des Strafgesetzes in dem behaupteten Sinne mit der demselben zu Grund liegenden Absicht, dem Publikum gegen die Folgen des Mißbrauchs von Arzneistoffen, deren zweckwidrige Verwendung Leben und Gesundheit zu gefährden geeignet ist, Schutz zu gewähren, nicht im Einklang wäre, da dieser Absicht eine Bestimmung, welche nur das Feilhalten und das Verkaufen von Arzneien solcher Art bei Strafe verböte, bloß unvollkommen entspräche.

Von der gleichen Ansicht ist der Straffenat am 26. Ja-

nuar 1887 in der Untersuchungssache gegen J. G. N. in Ö. ausgegangen. No. 17 von 1887.

7.

Kann ein zum Stoßen mit seiner Spitze verwendeter Stiefel als eine Waffe, beziehungsweise ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 223a des St.G.B. gelten?

St.G.B. § 223a.

Str.Senat 2. März 1887. U. S. gegen J. B. in G., wegen Körperverletzung. No. 62 von 1887.

Die Strafkammer, bei der die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Körperverletzung im Sinne des § 223a des St.G.B. beantragt war, hat nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens den vierzehn und ein halb Jahre alten Angeschuldigten hinreichend verdächtig gefunden, vorsätzlich einen elfjährigen Knaben körperlich mißhandelt und an der Gesundheit beschädigt zu haben, indem er demselben mit der Spitze seines mit einem Stiefel bekleideten Fußes einen Stoß auf die Geschlechtsteile versetzt habe, infolge dessen der Gestoßene umgefallen sei und eine Verletzung erlitten habe, durch welche er sechs Tage lang verhindert worden, die Schule zu besuchen. Sie hat jedoch jenen Antrag mit der Begründung abgelehnt, daß keine hinreichende Verdachtsgründe dafür vorliegen, daß diese Körperverletzung mittels einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs begangen sei, und weiter ausgesprochen, die Handlung sei wegen Mangels des zur Verfolgung des hiernach vorliegenden Vergehens des § 223 Abs. 1 des St.G.B. erforderlichen Antrags auf Strafverfolgung nicht zu verfolgen.

Die wider jenen Beschluß von der Staatsanwaltschaft eingelegte sofortige Beschwerde wurde aus folgenden Gründen als unbegründet verworfen.

„In der durch Stoßen mit der Spitze des mit einem Stiefel bekleideten Fußes eines 14½ Jahre alten Knaben an die Geschlechtsteile des Verletzten verübten Mißhandlung und

Gesundheitsbeschädigung kann eine mittels einer Waffe, beziehungsweise eines gefährlichen Werkzeugs begangene Körperverletzung nicht gefunden werden, weil ein solcher zu einem Stoß mit seiner Spitze verwendeter Stiefel nicht an sich, nach seiner beim Gebrauch zum Stoßen auf einen menschlichen Körper gewöhnlichen Wirkung, sondern lediglich wegen der Umstände des besonderen Falles, nämlich wegen der durch die Richtung des Angriffs gegen einen besonders zarten Körperteil bedingten gefährlichen Art seiner Handhabung, als ein Werkzeug erscheint, welches erhebliche Körperverletzungen hervorzubringen und also die menschliche Gesundheit zu gefährden geeignet ist."

8.

1. Ist gegen die Ablehnung des Antrags der Staatsanwaltschaft, die Berufung eines in der Hauptverhandlung nicht erschienenen, beziehungsweise nicht vertretenen Angeklagten sofort zu verwerfen, Beschwerde zulässig?

2. Findet § 40 der Str.Pr.O. Anwendung auf die Ladung eines Angeklagten zur Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht?

Str.Pr.O. §§ 346, 347, 40, 370.

Strafsenat. Beschluß vom 1. Dezember 1886 gegen H. Beschwerderegister 59.

H. hatte gegen das ihn wegen Körperverletzung und Bedrohung (St.G.B. §§ 223a und 241) verurteilende schöffengerichtliche Erkenntnis wirksam Berufung eingelegt, hierauf aber seinen bisherigen Aufenthaltsort verlassen, ohne dem Gericht von der Wahl eines neuen Kenntnis zu geben. Die an ihn erlassene Ladung zur Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht konnte ihm deshalb nicht zugestellt werden. Es wurde daher ein neuer Termin anberaumt, und zu diesem wurde er nach Vorschrift des § 40 Abs. 1 der St.P.O. geladen. An demselben erschien er nicht, wohl aber sein Verteidiger. Die

Staatsanwaltschaft beantragte nun, die Berufung des Angeklagten gemäß § 370 der St.P.O. zu verwerfen, wogegen der Verteidiger nichts einwendete. Die Strafkammer jedoch faßte in Erwägung, daß die Vorschriften des § 40 der St.P.O. auf Ladungen zu einer Hauptverhandlung sich nicht beziehen, somit der gemäß § 40 ergangenen Ladung des Angeklagten in die Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden könne, den Beschluß, die Hauptverhandlung bis auf weiteres zu vertagen und der Staatsanwaltschaft anheimzustellen, weitere Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Angeklagten anzustellen, beziehungsweise seiner Zeit vorläufige Einstellung des Verfahrens zu beantragen. Gegen diese Entscheidung legte die Staatsanwaltschaft Beschwerde ein.

Der Strafsenat hat die Beschwerde für zulässig erachtet, weil die angefochtene Entscheidung als Ablehnung des Antrags der Staatsanwaltschaft, die Berufung des Angeklagten gemäß § 370 der St.P.O. zu verwerfen, nicht als eine zur Vorbereitung einer nachfolgenden Urteilsfällung dienende Entscheidung eines erkennenden Gerichts sich darstelle und daher — vergl. Abs. 4 der Motive zu den §§ 290. 291 des Entwurfs der Str.Pr.O. S. 210 — nicht von der Ausnahmebestimmung des § 347 der Str.Pr.O. getroffen werde, sondern unter die die Regel enthaltende Bestimmung des § 346 falle, der zufolge die Beschwerde gegen alle von den Gerichten in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüsse zulässig ist, wie denn auch einleuchte, daß der Staatsanwaltschaft gegen eine Entscheidung, welche die mögliche Herbeiführung der endgültigen Erledigung einer Strafsache verhindert, ein Rechtsmittel gegeben sein muß.

Bezüglich der Frage, ob die Beschwerde begründet ist, wurde zuvörderst bemerkt, daß die Vertretung des Angeklagten durch den erschienenen Verteidiger bei der Beschaffenheit der ihm zur Last gelegten Vergehen nach § 373 und 231 der St.P.O. nicht zulässig gewesen sei und daher, wenn die Ladung des Angeklagten als eine ordnungsmäßige anzusehen wäre, der Verwerfung seiner Berufung auf Grund des § 370

der St.P.O. nicht entgegen stünde. Sodann wird folgendes ausgeführt. „Daß die Ladung eines Angeklagten zur Hauptverhandlung erster Instanz durch Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung gemäß § 40 Abs. 1 nicht wirksam erfolgen könne, erhellt aus den Bestimmungen der §§ 229, 231, 319—321 und 327 der St.P.O., wonach selbst gegen einen Angeklagten, der auf eine ihm in den gewöhnlichen Formen zugestellte Ladung ausgeblieben ist, eine Hauptverhandlung in in der Regel nicht stattfindet gegen einen im Sinn des § 318 abwesenden Angeklagten aber eine solche nur in gewissen geringfügigen Straffällen und nur nach Beachtung besonderer (in den §§ 320 und 321 bestimmter) Ladungsformen und Fristen stattfinden kann. Diese Bestimmungen beschränken also die Anwendbarkeit des § 40 Abs. 1, indem sie dieselbe im Verfahren erster Instanz für Ladungen zur Hauptverhandlung ausschließen. — In Beziehung auf die Zustellung einer Ladung zur Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht kann bloß die Anwendung des zweiten Absatzes des § 40 in Frage kommen, weil hier nach Fassung und Inhalt der Motive zum § 33 des Entwurfs der St.P.O. (im Abs. 3, vergl. mit Abs. 2, S. 140) unter den Worten „die Ladung zur Hauptverhandlung“ nicht die Ladung zur Hauptverhandlung der betreffenden Instanz, sondern überhaupt die — oder vielmehr eine — Ladung zu irgend einer in der bezüglichen Strafsache vorzunehmenden Hauptverhandlung zu verstehen ist, und, wenn ein Fall in der Berufungsinstanz sich befindet, dem Beschuldigten die Ladung zu einer Hauptverhandlung bereits in gesetzlich vorgeschriebener Weise zugestellt sein muß. Diese ganz allgemein von einer weiteren Zustellung redende Bestimmung aber hat auf Ladungen zu einer Hauptverhandlung in höherer Instanz Anwendung zu finden. Eine andere hiefür anwendbare Norm besteht nicht; und eine Bestimmung, welche die Nichtanwendbarkeit des § 40 Abs. 2 ausspräche oder folgern ließe, ist in der Str.Pr.Ordnung nicht enthalten. Insbesondere treffen hier die Gründe nicht zu, welche für die Norm bestimmend waren, daß gegen

einen nicht vor dem erkennenden Gericht erschienenen Angeklagten in der Regel eine Hauptverhandlung nicht stattfinde. Der Angeklagte ist in erster Instanz über die Anklage gehört worden (Motive zu § 193—199 und § 273—275 des Entwurfs der Str.P.O. S. 181—182 und 205—206), und er ist, wenn er das Gericht in der Kenntnis seines Aufenthaltes erhält, in der Lage, sich noch weiteres Gehör zu verschaffen. Der Gesetzgeber mochte sich deshalb für befugt erachten, wenn der Angeklagte die Berufung eingelegt, aus seinem Nichterscheinen auf ergangene ordnungsmäßige Ladung, beziehungsweise aus seiner Nichtvertretung seinen Verzicht auf die eingelegte Berufung zu folgern, und, wenn von dem Staatsanwalt die Berufung eingewendet worden, auch im Falle des Nichterscheinens des in gesetzlich vorgeschriebener Weise geladenen Angeklagten die Verhandlung über dieselbe zu gestatten. Auch kann es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, einen in erster Instanz verurteilten Angeklagten durch Nichtzulassung einer Ladung zur Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht mittels öffentlicher Bekanntmachung in den Stand zu setzen, durch Einlegung der Berufung und sofortiges sich Entfernen an einen dem Gericht unbekannten oder an einen solchen ausländischen Ort, an welchem die Befolgung der für Zustellungen im Ausland bestehenden Vorschriften unausführbar erscheint, die endgültige Erledigung der Sache zum Nachteil der Wahrheitsermittelung zu verzögern oder ganz zu vereiteln. — Wenn nun gleich die Motive zum § 33 des Entwurfs der Str.Pr.O. (im Abs. 3, S. 140) die im Abs. 2 des nunmehrigen § 40 vorgeschriebene Art der Bekanntmachung in Vergleichung mit der in dessen erstem Absatz bestimmten als eine einfache bezeichnen, so wäre doch im Hinblick auf die bestehende gesetzliche Norm, welche unter einer Voraussetzung die eine, unter einer andern die andere der beiden im § 40 vorgesehenen Arten öffentlicher Bekanntmachung vorschreibt, der Schluß nicht gerechtfertigt, daß der Mangel der Anwendung der im betreffenden Fall anzuwendenden, als einfache bezeichneten Form, durch Anwendung der andern Form gehoben werde". — Demgemäß wurde, da

hiernach eine Ladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht nach Maßgabe des § 40 Abs. 2 der St.P.O. dem Gesetz und der Sachlage entspreche, und da, wenn eine solche erlassen sein werde, die Zustellung als erfolgt gelte, mithin im Falle nicht genügend entschuldigten Ausbleibens des Angeklagten die Bestimmung des § 370 der St.P.O. Platz griefe, die angefochtene Entscheidung aufgehoben, und die Anberaumung eines neuen Termins zur Hauptverhandlung, verbunden mit Erlassung einer nach § 40 Abs. 2 der St.P.O. zuzustellenden Ladung des Angeklagten, angeordnet.

9.

Kann eine zum Auftreten als Nebenkläger berechtigte Person Akteneinsicht für ihren Rechtsanwalt verlangen, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens durch einen nicht mehr anfechtbaren Beschluß abgelehnt ist?

§ 435 Abs. 1, § 210 der St.P.O.

Rechtsanwalt N. bat als Prozeßbevollmächtigter des S. F. in St. und des G. St. in A. um Einsicht der Akten in der eingestellten Untersuchungssache gegen J. Sp. in St., wegen fahrlässiger Körperverletzung. Sein Gesuch wurde von der Strafkammer zurückgewiesen, weil dem Anwalt eines Beschädigten, welcher nicht als Nebenkläger aufgetreten, nach Maßgabe der Strafprozeßordnung ein Recht auf Akteneinsicht nicht zustehe. Hiegegen legte Rechtsanwalt N. Beschwerde ein unter Vorlegung von Prozeßvollmachten, durch welche F. und St. ihm nicht nur für ihren Rechtsstreit, Ansprüche auf Entschädigung wegen fahrlässiger Körperverletzung betreffend, Prozeßvollmacht, sondern auch zur Stellung eines Antrags nach Maßgabe des § 210 der St.P.O., d. h. zur Stellung eines Antrags auf Wiederaufnahme der öffentlichen Klage, Vollmacht erteilt haben. Der Strafsenat entschied: Die angefochtene Entscheidung sei aufzuheben und durch eine der Beschwerde stattgebende zu ersetzen.

Aus den Gründen:

„Richtig ist, daß in dem durch den das Hauptverfahren ablehnenden Beschluß der Strafkammer geschlossenen Verfahren weder F. noch St. der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkläger sich angeschlossen hat. Auch ist außer Zweifel, daß der gedachte Beschluß nicht mehr anfechtbar ist. Allein nach § 435 der St.P.O. kann ein solcher Anschluß von Seiten eines gemäß § 414 als Privatkläger aufzutreten Berechtigten, also auch von dem gesetzlichen Vertreter einer durch eine fahrlässige Körperverletzung verletzten Person, in jeder Lage des Verfahrens geschehen; und ein Verfahren, in welchem, wie in dem in Frage stehenden, der Beschuldigte nur außer Verfolgung gesetzt, nicht rechtskräftig freigesprochen worden ist, kann, weil auf Grund neuer Thatsachen oder Beweismittel die öffentliche Klage wieder aufgenommen werden könnte, nicht als ein unbedingt endgültig erledigtes gelten. Da sonach die Lage des Falles einer Anschlußerklärung noch Raum läßt, so kann dem Beschwerdeführer, wenigstens als Bevollmächtigten des F., dessen Eigenschaft als gesetzlichen Vertreters zweier der verletzten Personen nach Inhalt der Akten nicht zu bezweifeln ist, ein Anspruch auf Einsicht der Akten des bisherigen Strafverfahrens mit Grund nicht abgesprochen werden".

Entscheidung des Straffenats vom 10. Okt. 1883 in der U.S. gegen J. Sp. in St. wegen fahrlässiger Körperverletzung. Nr. 220 von 1883.

10.

Steht einem freigesprochenen Angeklagten ein Recht zu, von den Untersuchungsakten zu dem Zweck, gegen einen in der Sache vernommenen Zeugen eine Anzeige wegen Meineids und anderer Verbrechen anzubringen, durch einen Rechtsanwalt Einsicht zu nehmen?

Die Strafkammer hat diese Frage verneint. Auf die wider den bezüglichen Beschluß eingelegte Beschwerde hat sich der Straffenat dahin ausgesprochen:

„Die angefochtene Entscheidung wird darauf gegründet, daß einem früheren Angeklagten oder einem von ihm beauftragten Rechtsanwalt ein gesetzliches Recht, von den Untersuchungsakten zu dem Zweck Einsicht zu nehmen, gegen einen in jener Sache vernommenen Zeugen eine Anzeige wegen Meineids und anderer Verbrechen zu machen, nicht zustehe, er sich vielmehr darauf zu beschränken habe, es bei Erstattung seiner Anzeige der zuständigen Staatsanwaltschaft anheimzugeben, von den fraglichen Akten Einsicht zu nehmen.

Richtig ist, daß eine gesetzliche Bestimmung nicht besteht, welche einem rechtskräftig freigesprochenen Angeklagten ausdrücklich das Recht einräumen würde, zu einem Zweck wie der bezeichnete durch einen Rechtsanwalt die Akten einsehen zu lassen. Hieraus folgt jedoch noch nicht, daß es dem Gesetz entspreche, ihm solche Akteneinsicht zu versagen. Wird, wie dies im vorliegenden Fall zunächst als zutreffend zu unterstellen ist, die Akteneinsicht nachgesucht, um behufs vollständigerer Wiederherstellung der Ehre und behufs Erlangung einer für gerecht erachteten Schadensersatzforderung in wirksamer Weise eine Anzeige strafbarer Handlungen oder einen Antrag auf Strafverfolgung anzubringen, so wird hiemit ein als berechtigt zu erkennendes Interesse wahrgenommen, was auf jede dem Gesetz nicht unzweifelhaft zuwiderlaufende Art geschehen kann. In solchem Falle nun muß die Entschließung darüber, ob eine Anzeige anzubringen sei, wie die Art ihrer Abfassung eine Sache umsichtigster Prüfung sein, welche nur bei genauer Kenntnis des Akteninhalts möglich ist. Denn nach § 501 der St.P.O. kann das Gericht einem Anzeigenden die Kosten eines durch seine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Anzeige veranlaßten, wenn auch nur außergerichtlichen, Verfahrens auferlegen; und nach § 169 der St.P.O. ist die Staatsanwaltschaft befugt, ohne zuvor den Weg der Ermittelungen zu betreten, einem bei ihr angebrachten Antrage auf Erhebung der öffentlichen Klage keine Folge zu geben, von welcher Befugnis sie Gebrauch machen wird, wenn sich ihr die Anzeige als eine solche darstellt, welche nicht geeignet ist, den angeregten Verdacht zu er-

wecken oder irgend eine Aussicht auf Erzielung eines Beweises für die erhobene Anschuldigung zu eröffnen. Wie hiernach ein dringendes Interesse eines solchen Beteiligten an Gewährung der Akteneinsicht für seinen Rechtsanwalt nicht zu bezweifeln ist, so könnte auch in derselben ein Verstoß gegen das Gesetz bei der anzuerkennenden Berechtigung eines solchen, zugleich dem der Rechtsordnung dienenden Interesses um so weniger gefunden werden, als die Akteneinsicht durch einen Rechtsanwalt eine Gewähr gegen Belästigung der Staatsanwaltschaft durch grundlose oder wenigstens mangelhaft begründete Anzeigen bieten kann, und die Vorschrift des § 170 Abs. 2 der St.P.O., daß ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung bezüglich eines die Erhebung der öffentlichen Klage ablehnenden Bescheids der Staatsanwaltschaft von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein muß, die Auffassung nahe legt, daß das Gesetz voraussetze, es werde zu diesem Zweck, also unter ähnlichen Verhältnissen, in der Regel von dem Rechtsanwalte des Antragstellers Akteneinsicht genommen werden. Da somit die erhobene Beschwerde begründet erscheint, wird derselben unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung stattgegeben".

Entscheidung des Strafsenats vom 16. März 1887 in der U.S. gegen Ch. H. in B. wegen Brandstiftung. Nr. 67 von 1887.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Zu § 30 lit. b. zweiter Fall des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz.

Berufungssache des Landarmenverbands Crailsheim, Beklagten, Berufungsklägers, gegen den Ortsarmenverband Treffel-

hausen, O.A. Geislingen, Kläger, Berufungsbeklagten, Uebernahme des Anton Blessing und Kostenersatz betreffend.

Verurteilendes Erkenntnis vom 28. Februar 1887.

Entscheidungsgründe.

Der erhobene Anspruch ist gestützt worden auf diejenige Bestimmung der §§ 30 und 31 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz, wonach in dem Falle, wenn eine landarme Person in hilfsbedürftigem Zustande aus einer Straf- Kranken- Bewahr- oder Heilanstalt entlassen wurde, derjenige Landarmenverband, aus welchem deren Einlieferung in die Anstalt erfolgt ist, zur Erstattung der Unterstützungskosten und bezw. zur Uebernahme des Hilfsbedürftigen verpflichtet sein soll.

Nach den stattgehabten Erhebungen kann, wie auch von dem Unterrichter angenommen worden ist, kein Zweifel darüber bestehen, daß A. Blessing eines Unterstützungswohnsitzes entbehrt, somit als landarm zu erkennen ist. Auch darin ist der K. Kreisregierung, wie dieselbe in den ihrem Urteile beigefügten Entscheidungsgründen des nähern dargelegt hat, durchaus beizupflichten, daß das Arbeitshaus in Vaihingen, wo Blessing untergebracht gewesen, als eine Bewahranstalt im Sinne der vorbezeichneten Gesetzesbestimmungen anzuerkennen ist, und ebenso verhält es sich mit der Annahme, daß Blessing während seines Aufenthalts in dieser Anstalt arbeits- und erwerbsunfähig geworden ist, sowie daß er in solchem — voraussichtlich bleibend — hilfsbedürftigem Zustande aus dem Arbeitshause entlassen wurde. Es fragt sich nur noch, ob der Beklagte, Berufungskläger als derjenige Landarmenverband anzusehen ist, aus welchem die Einlieferung Blessings in das Arbeitshaus seiner Zeit erfolgte? Für die diesfallsige Annahme ist der Umstand allein, daß Blessing früher, als er wegen Landstreicherei in Untersuchung gezogen werden mußte, in Crailsheim festgenommen und von dort aus in das Landesgefängnis zu Hall eingeliefert worden war, noch nicht entscheidend. Thatsächlich ist Bles-

sing der Verwaltung des Arbeitshauses in Vaihingen von dem K. Oberamte Geislingen unter dem 24/27. Mai 1884 auf dem gewöhnlichen Wege des Transports zugeführt worden, wie sich aus folgendem ergibt.

Als Blessing am 6. Mai 1884 nach Erstehung der ihm vom Schöffengericht zu Crailsheim zuerkannten 6wöchentlichen Gefängnisstrafe aus dem Landesgefängnis zu Hall entlassen wurde, lag eine Entschließung der zuständigen Regiminalbehörde darüber noch nicht vor, welche Folge der von dem Schöffengericht gemäs § 362 des deutschen Strafgesetzbuchs zugleich ausgesprochenen Ueberweisung des Verurteilten an die Landespolizei zu geben war. Dem Oberamte Crailsheim, welches nach Lage der Verhältnisse diesfalls das Geeignete einzuleiten gehabt hätte, war nemlich eine rechtzeitige Benachrichtigung von jenem Ueberweisungsbeschlusse nicht zugekommen, indem sich hinsichtlich dieses Punktes das dortige Amtsgericht seiner Zeit darauf beschränkt hatte, dem Oberamt Geislingen die etwa zu treffende Verfügung anheim zu geben, und dieses, nachdem es die erforderlichen Erhebungen veranstaltet hatte, erst am 7. Mai 1884 in die Lage kam, die Angelegenheit dem Oberamt Crailsheim als dorthin gehörig zu übergeben. In Folge dessen stellte nun das Oberamt Crailsheim unterm 10. Mai 1884 bei der K. Regierung des Jagstkreises den Antrag auf Verweisung des Blessing in das Arbeitshaus und darauf erließ die K. Kreisregierung unterm 16. Mai eine dem Antrag entsprechende Verfügung, indem dieselbe zugleich das Oberamt Crailsheim mit der Besorgung von allem Weiteren beauftragte. Dem erhaltenen Auftrage gemäs richtete Letzteres am 20. Mai, unter Mitteilung der Akten und eines von ihm ausgestellten Einlieferungsscheins, an das K. Oberamt Geislingen, in dessen Bezirk sich Blessing damals befand (indem er von der Landes-Gefängnis-Verwaltung in seinen Heimatsort Treffelhausen verwiesen und von dem Oberamt angewiesen worden war, dort die Entschließung über seine Einweisung in das Arbeitshaus abzuwarten) das Ersuchen um Eröffnung des Beschlusses der K. Kreisregierung an Blessing und um Besorgung der Ein-

lieferung desselben in das Arbeitshaus, und diesem Ersuchen wurde dann auch, wie schon oben erwähnt, sofort entsprochen.

Ist unter Einlieferung im Sinne auch der Bestimmung des § 30 des Unterstützungs-Wohnsitz-Gesetzes derjenige Akt zu verstehen, kraft dessen die in eine der dort bezeichneten Anstalten eingewiesenen Personen in dieselbe überbracht und von der betreffenden Verwaltung übernommen worden, so sind als maßgebend für die Vornahme dieses Aktes die diesfalls von der betreffenden Anstalt erlassenen oder sonst für dieselbe ergangenen Normativ-Bestimmungen zu betrachten. Solche Vorschriften sind aber für die württembergischen Arbeitshäuser erteilt worden durch die von dem Verfahren nach Ueberweisung verurteilter Personen an die Landespolizei handelnde Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 2. Februar 1882 (Regierungsblatt S. 60 flg.). Insbesondere findet sich dort (§ 3) vorgeschrieben, daß in dem Falle, wenn der Verurteilte eines Wohnsitzes oder ständigen Aufenthalts entbehrt, dasjenige Oberamt, in dessen Bezirk das in erster Instanz erkennende Gericht seinen Sitz hat, die hinsichtlich einer etwaigen Einweisung in das Arbeitshaus erforderlichen Erhebungen zu veranstalten und je nach Umständen den Antrag auf Einweisung bei der ihm vorgesetzten Kreisregierung zu stellen habe; dasselbe Oberamt ist es nach der Verfügung in der Regel auch, welches die einem solchen Antrag entsprechende Entschließung der Kreisregierung zu vollziehen hat (§ 8. 1). Speziell die Einlieferung des Eingewiesenen in das Arbeitshaus hat von ihm auszugehen (§ 12 Abs. 4 und § 15 Abs. 1) und ihm auch liegt die Ausstellung des Einlieferungsscheins ob, mittelst dessen solche zu bewerkstelligen ist (§ 16). Alle diese Geschäfte hat in dem hier vorliegenden Falle das nach Lage der Verhältnisse zu deren Versehung berufene Oberamt Crailsheim vorschriftsmäßig besorgt, wenn auch die Inangriffnahme derselben einigermaßen verspätet worden war, was von der der Sache seitens der Justizbehörden zu Teil gewordenen Behandlungsweise herrührt. Insbesondere die Einlieferung Blessings in das Arbeitshaus konnte aus dem soeben gedachten Grunde nicht, wie es der

§ 4 der Ministerialverfügung von 1882 als Regel vorschreibt, in unmittelbarem Anschlusse an die von demselben erstandene Strafhaft erfolgen. Auch wurde das Oberamt Crailsheim — nachdem Blessing inzwischen an seinen Heimatort Treffelhausen verschubt worden war und übrigens während seines Aufenthalts dort die erforderlichen vorbereitenden Einleitungen stattgefunden hatten, in deren Folge von einer Ueberführung desselben zunächst nach Crailsheim Umgang genommen werden konnte damit in die Lage versetzt, anstatt die Einlieferung Blessings in das Arbeitshaus von Crailsheim aus zu bewerkstelligen, sich zum Zwecke der unter den gegebenen Umständen zulässigen, auch durch Ersparnis-Rücksichten geboten erschienenen direkten Ueberführungsart desselben von seinem damaligen Aufenthaltsort aus nach Vaihingen sich der Vermittlung des Oberamts Geislingen bedienen zu müssen. Nichts destoweniger war es da dieser Transport (von Geislingen nach Vaihingen) lediglich im Namen und Auftrage des Oberamts Crailsheim stattfand, eben das Letztere, welches in diesem Falle als Einlieferungsbehörde funktionierte, weshalb denn auch für die Feststellung der rechtlichen Folgen der Einlieferung anzunehmen ist, daß solche aus seinem, somit aus des Landarmenverbands Crailsheim Bezirke erfolgte.

Hiernach war der Klage Anspruch als ein begründeter auch nach dieser Seite hin zu erkennen und das im Uebrigen wohl motivierte Urteil der K. Kreisregierung zu bestätigen.

2.

Auf ein auf Grund des Art. 4 des am 17. April 1873 erlassenen württembergischen Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz ergangenes Urteil findet § 53 dieses Reichsgesetzes keine Anwendung.

Beschwerdesache des Ortsarmenverbands Ellenberg O.A. Ellwangen. Erkenntnis vom 22. April 1885.

Am 22. Dezember 1884 hat die Kreisregierung zu Ellwangen in der bei ihr anhängigen Verwaltungsrechtssache des Söldners A. Kopp von Ellenberg gegen die dortige Ortsarmenbehörde auf Grund des Art. 4 des am 17. April 1873 ergangenen württembergischen Ausführungsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz „der Klage mit dem Anspruch auf Ersatz der durch die Unterstützung des unehelichen Kindes der Viktoria X. von Ellenberg erwachsenen Kosten im Betrag von 34 Pf. täglich für die Zeit vom 25. Januar 1883 bis zu anderweitiger Versorgung des Kindes stattgegeben" ꝛc. Schon die Klage hatte unter anderem das Petitum enthalten, es möge das zu fällende Urteil nach § 648 Ziff. 6 der Reichscivilprozeßordnung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Eine Verhandlung über dieses Petitum fand in I. Instanz zwischen den Parteien nicht statt, auch wurde derselben in dem Urteil der Kreisregierung nicht gedacht. Am 23/24 Januar 1885 trug der klägerische Bevollmächtigte der Kreisregierung vor: Es werde das Urteil auch auf den Antrag wegen vorläufiger Vollstreckbarkeit zu beziehen sein, er bitte daher, durch Vollstreckungsverfügung die Vollstreckung des Urteils für die Alimente vom 21. April 1884 ab und die Folgezeit auszusprechen gemäß Art. 2 des württembergischen Gesetzes vom 18. August 1879 über die Zwangsvollstreckung von öffentlichen Ansprüchen. Mittelst Verfügung vom 27. Feb. 1885 hat sodann die Kreisregierung auf Grund des Art. 2 des obenerwähnten Gesetzes von 1879 in Verbindug mit § 53 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz und Art. 47 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 das ergangene Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt. Hiegegen erhob der beklagtische Anwalt sofortige Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat der Beschwerde statt gegeben und die Verfügung der Kreisregierung außer Wirksamkeit gesetzt.

Man ist hiebei, lautete die Motivierung, von der Erwägung ausgegangen, daß diejenige Bestimmung in § 53 Abs. 1 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni

1870, worauf von der Kreisregierung die gedachte Verfügung gestützt worden ist, eine Anwendung auf den hier vorliegenden Fall nicht findet. Handelt es sich nemlich bei jener reichsgesetzlichen Bestimmung lediglich um solche Fälle, in welchen zwischen mehreren, hinsichtlich einer öffentlichen Unterstützung nach § 61 Abs. 1 des Reichsgesetzes beteiligten Armenverbänden Streitfragen über die durch dieses Gesetz geregelten Verhältnisse zur Entscheidung (in I. Instanz) gelangt sind, so liegt ein solcher Fall in der durch das Urteil der Kreisregierung vom 22. Dez. v. J. entschiedenen Streitsache zwischen A. Kopp und dem Armenverbande Ellenberg in sofern nicht vor, als dieser Streit zu seinem Gegenstand hatte nur den auf die Spezialbestimmung des Art. 4 des württembergischen Ausführungsgesetzes vom 17. April 1873 gestützten Anspruch einer im Sinne dieser Gesetzesbestimmung dritten Person auf Ersatz desjenigen Aufwandes, welcher derselben durch eine freiwillig übernommene Hilfeleistung erwachsen ist. Auf diesen Fall die Ausnahmebestimmung des § 53 des Reichsgesetzes, wonach die auf deren Grund ergangenen Entscheidungen I. Instanz sofort vollstreckbar sein sollen, ohne Weiteres anzuwenden, erscheint schon in sofern unzulässig, als der Art. 4 des württembergischen Ausführungsgesetzes auf irgend einer gebietenden Vorschrift des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz nicht beruht und insbesondere in einem notwendigen Zusammenhang mit dem § 53 des letzteren nicht steht. In Ermanglung auch sonstiger Gründe, deren etwaige Geltendmachung eine Aussprechung der vorläufigen Vollstreckbarkeit jenes Urteiles nach Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. Aug. 1879 über die Zwangsvollstreckung öffentlicher Ansprüche hätte rechtfertigen können, konnte eine Vollstreckungsverfügung im Sinne des Art. 2 des kaum gedachten Gesetzes, wie sie von der Kreisregierung erlassen worden ist, rechtmäßiger Weise nicht ergehen. Speziell der von Seiten des klägerischen Bevollmächtigten schon bei der Anbringung seiner Klage und später stattgehabten Berufung auf § 648 Ziff. 6 der Reichscivilprozeßordnung war eine Folge nicht zu geben, da diese ohnehin nur auf das civilrechtliche Verhältnis

der Verpflichtung zur Reichung von Unterhaltsmitteln beziehbare Gesetzesbestimmung unter denjenigen in Art. 1 Abs. 2 des oben erwähnten Gesetzes vom 18. Aug. 1879 aufgeführten Paragraphen der Reichscivilprozeßordnung nicht läuft, welche für die Aussprechung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines verwaltungsrichterlichen Endurteils entsprechende Anwendung finden sollen.

III.

Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer.

1.

Beiordnung der am Sitz eines Amtsgerichts wohnenden, nicht bei demselben zugelassenen Rechtsanwälte als Armenanwälte in amtsgerichtlichen Prozessen.

Von Seiten verschiedener Amtsgerichte sind schon öfters Anwälte, die am Sitze des Amtsgerichts wohnhaft, aber nicht bei diesem, sondern bei dem Landgericht zugelassen sind, in Gemäßheit des § 34 der Rechtsanwaltsordnung zu Armenanwälten bestellt worden, in der Mehrzahl der Fälle ohne weitere Bemerkung, während in einer Minderzahl die „Voraussetzung" ausgesprochen wurde, daß der Anwalt dagegen nichts einzuwenden haben werde. Aus Anlaß eines Spezialfalls hat der Vorstand der württembergischen Anwaltskammer sich in seiner Sitzung vom 27. Februar 1887 mit dieser Frage befaßt und auf erstatteten Vortrag einstimmig seine Ansicht dahin ausgesprochen, daß bei den Landgerichten resp. dem Oberlandesgericht zugelassene Anwälte, auch dann, wenn sie am Sitz des Amtsgerichts wohnen, nicht verpflichtet seien, bei den Amtsgerichten Armenprozesse zu übernehmen, wobei

es übrigens dem pflichtmäßigen Ermessen des einzelnen Anwalts anheim gegeben bleibe, in einzelnen Fällen nach der besonders gearteten Sachlage auf ergehendes Ersuchen freiwillig sich der betreffenden Funktion zu unterziehen.

Die Gründe zu diesem Beschluß sind folgende:

Nach dem Wortlaut des § 36 der R.A.O. hat die Auswahl eines beizuordnenden Rechtsanwalts (in den Fällen des § 33 und 34 der R.A.O.) durch den Vorsitzenden des Gerichts aus der Zahl der bei diesem zugelassenen Rechtsanwälte zu erfolgen. Schon hiernach in Verbindung mit dem § 8 (auch § 4, § 9—15) der R.A.O. kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß der Umstand, daß der bei dem Landgericht (Oberlandesgericht) zugelassene Anwalt am Sitze des Amtsgerichts wohnt, aber nicht (zugleich) bei diesem zugelassen ist, vollständig unerheblich erscheint und eine Verpflichtung des Anwalts, sich in amtsgerichtlichen Prozessen als Armenanwalt bestellen zu lassen, zu begründen nicht geeignet ist. — Dies sprechen auch die Motive zu dem § 34 des Entwurfs der R.A.O. (Gesetz § 36) deutlich aus (Motive S. 64 abgedruckt bei Siegel, Materialien zur RechtsA.O. S. 252). Auch der Gang, welchen die Verhandlungen in der Reichstagskommission, beziehungsweise im Reichstag selbst in dieser Beziehung genommen haben, unterstützt dieses Resultat. Zwar beantragte die Reichstagskommission eine veränderte Fassung des Entwurfs § 34 (Gesetz § 36) dahin gehend: „die Auswahl eines beizuordnenden Rechtsanwalts erfolgt bei den Kollegialgerichten durch den Vorsitzenden des Gerichts aus der Zahl der bei diesem zugelassenen Rechtsanwälte, bei den Amtsgerichten durch den Amtsrichter aus der Zahl der im Bezirke des Amtsgerichts wohnhaften, bei dem Landgericht zugelassenen Rechtsanwälte (die gesperrt gedruckten Worte enthalten die von der Kommission beantragte Modifikation). Allein dieser Antrag, welcher vorzugsweise mit der weiteren, von der Kommission beantragten Aenderung des Entwurfs zusammenhieng, wornach im Gegensatz zu diesem (Entwurf § 7, Gesetz § 8) die Zulassung nur bei Kollegialgerichten,

nicht aber bei Amtsgerichten statthaft sein sollte, wurde mit dem Antrag zu § 87 des Entwurfs im Plenum des Reichtags abgeworfen und die ursprüngliche Regierungsvorlage wieder hergestellt (v. hierüber Siegeth, Rechtsanwaltsordnung S. 86 und die Citate daselbst, ferner Siegel, Materialien S. 430 und 632). Zu vergleichen ist noch als im Resultat mit dieser Ausführung übereinstimmend Gaupp, Commentar zur C.P.O. Bd. 1 S. 327.

2.

Feststellung und zwangsweise Beitreibung der Kosten der Parteien im Privatklagverfahren und der Kosten des Nebenklägers.

Während bezüglich einer Reihe strafprozessualischer Streitfragen allmählich eine einheitliche Behandlung der betreffenden Materien Platz gegriffen hat, herrschen bei den württembergischen Gerichten noch die verschiedensten Anschauungen über die Behandlung der Gesuche um Feststellung der durch Urteil dem Privatkläger oder dem Angeklagten zugeschiedenen Kosten des Privatklageverfahrens und der durch Urteil dem Angeklagten auferlegten Kosten des Nebenklägers, sowie über die zwangsweise Beitreibung dieser Kosten, ohne daß bis jetzt eine dieser Anschauungen in der Praxis entschieden die Oberhand gewonnen hätte.

Nachdem mehrmals der Fall vorgekommen war, daß im Privatklagverfahren eine Partei die Kosten, zu deren Ersatz die Gegenpartei verurteilt worden war, überhaupt nicht beitreiben konnte, weil einerseits der angerufene Strafrichter beim Schweigen der zur Zahlung aufgeforderten zahlungspflichtigen Partei die Voraussetzungen einer Kostenfeststellung nicht für vorhanden oder sich nicht für befugt erachtete, dem ergangenen Feststellungsbeschluß die Vollstreckungsklausel zu erteilen, andererseits aber der dann angerufene Civilrichter sich für unzuständig erklärte, liefen beim Vorstand der Anwaltskammer Ge-

suche ein, welche auf Beseitigung dieses allerdings für die Beteiligten höchst peinlichen Zustandes abzielten. Die eingeholten Aeußerungen verschiedener Anwälte bestätigten das Vorhandensein dieser widersprechenden Praxis und der mißlichen Konsequenzen dieses Zustands in einem Maße, daß der Vorstand, wenn er sich auch darüber klar war, daß das Justiz-Ministerium diese Frage nicht im Wege der Weisungen an die Gerichte erledigen könne, und noch weniger eine solche Weisung von sich aus provozieren wollte, doch glaubte, wenigstens auf diese widersprechende Praxis und ihre Folgen hinweisen zu sollen, in der Hoffnung, schon dadurch vielleicht eine einheitlichere Behandlung anregen zu können.

Er hat deshalb unter'm 7. Februar 1886 einen Antrag beim Kgl. Justiz-Ministerium eingereicht, in dem er ausführte:

„Auf kaum einem Gebiet ist die Praxis der württembergischen Gerichte eine so schwankende und widersprechende, als im Verfahren zum Zweck der Feststellung und zwangsweisen Beitreibung der Kosten im Privatklageverfahren beziehungsweise der Kosten des Nebenklägers.

Bei einzelnen und wohl den meisten Gerichten werden die Kosten der Partei, welche im Privatklagverfahren Ersatz ihrer notwendigen Auslagen vom Gegner zu beanspruchen hat, auf Ansuchen dekretiert auf die bloße Bemerkung im Kostenfestsetzungsgesuch hin, daß der Gegner, zur Bezahlung aufgefordert, dieselbe verweigert habe, also streite. Andere Gerichte aber verlangen vor der Dekretur den Nachweis, daß die erwähnte Aufforderung wirklich stattgefunden habe, durch Vorlegung des Konzepts der Zahlungsaufforderung, während wieder andere den Nachweis der Weigerung des Zahlungspflichtigen durch Vorlage eines im Mahnverfahren erhobenen Widerspruchs fordern. Wiederum andere verweigern die Dekretur, so lange nicht erwiesen ist, daß das passive Verhalten des Zahlungspflichtigen oder sein Widerspruch seinen Grund gerade in einem Streit über die Höhe der Kosten oder über die Notwendigkeit der unter ihnen begriffenen Auslagen hat, — was für die Regel beim Schweigen oder nicht motivierten Widersprechen des

Zahlungspflichtigen einer Verweigerung der Dekretur überhaupt gleichkommt. Die meisten Gerichte lassen ferner dem von ihnen gefaßten Kostenfeststellungsbeschluß die Vollstreckungsklausel erteilen, während wieder das eine oder andere dieselbe verweigert und so die Feststellung praktisch ganz wertlos macht. Versucht der mit seinem Feststellungsgesuch oder mit seinem Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel abgewiesene Forderungsberechtigte auf dem Wege des Civilprozesses von dem Ersatzpflichtigen die Kosten beizutreiben, so ist die Praxis wieder verschieden: in einzelnen Fällen haben die Gerichte schon dem Klagantrag gemäß verurteilt, ziemlich regelmäßig aber wird die Klage abgewiesen, weil der Weg des Civilprozesses nicht zulässig sei, — während fast alle Amtsgerichte keinen Anstand nehmen, Zahlungsbefehle für solche Kostenforderungen zu erteilen.

Die Verschiedenheit der Auffassungen ist so grell, daß nicht bloß die Praxis eines und desselben Gerichts sich zeitweise in ihr Gegenteil verwandelt, je nachdem die Besetzung der Richter — und Gerichtsschreiberstellen wechselt, sondern daß sogar an einem und demselben Amtsgerichte die einzelnen Amtsrichter gleichzeitig die geradezu entgegengesetzte Praxis befolgen.

Faktisch ist denn auch schon in einer Reihe von Fällen in Folge dieser Widersprüche das Resultat erzielt worden, daß einzelne Forderungsberechtigte, nachdem sie mit nicht unerheblichem Aufwand alle Instanzen durchlaufen, weil sie vom Strafrichter keinen vollstreckbaren Kostenfeststellungsbeschluß erlangen konnten und vom Civilrichter abgewiesen wurden, geradezu rechtlos wurden, obwohl ihnen Ersatz ihrer Kosten rechtskräftig zugesprochen war.

Unsere Aufgabe ist es zunächst nicht, ein Urteil über die Berechtigung der verschiedenen Auffassungen abzugeben, aber der Gedanke drängt sich doch auf, daß es nicht die Absicht der Gesetzgebung sein kann, über die Kostenfrage noch eine Kognition des Civilrichters herbeizuführen. Die Verpflichtung zum Kostenersatz selbst hat ja der Strafrichter prinzipiell bereits rechts-

giltig festgestellt und über den dann noch einzig möglichen Streit, nemlich den über den Betrag der Kosten, zu entscheiden, ermächtigt ihn das Gesetz ausdrücklich. Daß seine Entscheidung aber an das Vorhandensein unmöglich nachzuweisender Voraussetzungen gebunden sei oder daß sie schließlich, weil nicht vollstreckbar, wertlos sein soll, kann man nur annehmen, wenn man eine große Lücke in der Gesetzgebung zugeben will.

Sei dem übrigens, wie ihm wolle, das glauben wir hervorheben zu müssen, daß der gegenwärtige Zustand weder dem Interesse des rechtssuchenden Publikums noch dem Ansehen der Rechtspflege entspricht und daß eine einheitliche Regelung dieser Materie mit allen gesetzlichen Mitteln zu erstreben ist.

Wir sind auch der Meinung, daß es, ohne in die Selbständigkeit der Richter einzugreifen, der Landesjustizverwaltung möglich sein wird, eine einheitlichere Behandlung dieser Kostenfrage anzuregen, um so mehr als unseres Wissens bei der Mehrzahl der Gerichte neuerdings ein Feststellungsgesuch, wenn es von einer Bescheinigung der erfolgten Zahlungsaufforderung begleitet ist, sowohl bezüglich der Feststellung selbst als bezüglich der Erteilung der Vollstreckungsklausel auf keine Schwierigkeiten mehr stoßt. Die schlimmsten Uebelstände wären schon verhütet, wenn es nur gelänge, eine Verständigung dahin zu erzielen, daß wenigstens bei einem und demselben Gerichte nicht — gewiß zum Schaden des Ansehens der Rechtspflege — die verschiedenen Auffassungen sich bekämpfen und gegenseitig lahm legen"

Er begründete damit die Bitte an das Ministerium:

„in irgend welcher geeignet scheinenden Weise der Frage einer Beseitigung der hervorgehobenen Mißstände nahe treten zu wollen".

Aus dem Bescheid des Kgl. Justiz-Ministeriums vom 9. Dezember vor. J. ist folgendes hervorzuheben:

„Die in Folge der Eingabe des Vorstands der Anwaltskammer vom 7. Februar d. J. von dem Justizministerium gemachten umfassenden Erhebungen haben bestätigt, daß in Betreff der Feststellung und zwangsweisen Beitreibung der Par-

teikosten im Privatklageverfahren (und der Kosten des Nebenklägers) die Praxis der Gerichte eine ungleichmäßige ist.

Indessen lehnen nur wenige Gerichte eine Feststellung dieser Kosten prinzipiell ab und die Mehrzahl derjenigen Gerichte, welche als Voraussetzung einer Entscheidung nach § 496 Abs. 2 der Str.Pr.O. das Bestehen eines Streites über die Höhe der Kosten oder der darunter begriffenen Auslagen ansehen, macht die Feststellung nicht von einem strengen Nachweise des Bestehens eines solchen Streites abhängig. Die große Mehrzahl der Gerichte, insbesondere der Amtsgerichte, beanstandet es sodann nicht, der Entscheidung nach § 496 Abs. 2 der Str.Pr.O. die Vollstreckungsklausel erteilen zu lassen. Die Justizverwaltung ist nicht in der Lage, zu Herbeiführung eines gleichmäßigen Verfahrens in Betreff der Feststellung und Beitreibung der fraglichen Kosten den Gerichten in Betreff der Auslegung des § 496 Abs. 2 der Str.Pr.O. sowie hinsichtlich einer etwaigen Anwendbarkeit des § 495 der Str.Pr.O. Weisungen erteilen zu können. Dagegen hat das Justizministerium die Eingabe des Vorstands der Anwaltskammer vom 7. Februar d. J. und das Ergebnis der über das Verfahren der Gerichte angestellten Erhebungen dem Reichsjustizamte zur Kenntnisnahme mitgeteilt und bei demselben die Regelung des Gegenstands im Wege der Reichsgesetzgebung mit dem Anfügen in Anregung gebracht, daß auch in den von den Gerichten über diesen Gegenstand an das Justizministerium erstatteten Berichten das Bedürfnis einer einheitlichen Regelung desselben durch die Reichsgesetzgebung mehrfach zum Ausdruck gekommen sei."

Daß bei einer Abänderung der Reichsgesetzgebung über diesen Gegenstand eine Fassung gewählt werden wird, welche die bisherigen Zweifel ausschließt, darf wohl mit Sicherheit angenommen werden, an sich aber ist der Gegenstand zu unbedeutend, als daß eine selbständige Regelung dieser Materie durch die Gesetzgebung in Aussicht zu nehmen wäre. Wie lange es aber noch bis zu einer allgemeineren Reform der Strafprozeßordnung anstehen wird, läßt sich nicht absehen und so kann die Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete noch lange fortdauern.

Wenn übrigens bis dorthin die wiederholte Erörterung der Sache, wie es thatsächlich der Fall zu sein scheint, nur wenigstens das Gute hat, die Gerichte von einer allzu rigorosen Prüfung des Vorhandenseins eines Streites gerade über die Höhe der Kosten oder der darunter begriffenen Auslagen abzuhalten, so würde die Zahl der Unzuträglichkeiten sich so sehr vermindern lassen, daß die Klagen so ziemlich verschwinden würden.

IV.

Zur Frage über die Behandlung überschuldeter erbloser Verlassenschaften.

Aus Veranlassung der im Jahre 1883 stattgehabten Visitation des Amtsgerichts Herrenberg und sodann wieder auf die Visitation des Amtsgerichts Nürtingen vom Jahr 1885 hat das Landgericht zu Tübingen in seinem Visitationserlaß über das Verfahren bei Auseinandersetzung erbloser überschuldeter Verlassenschaften nachfolgende Verfügung getroffen [1]):

1. Die Verpflichtung der Teilungsbehörden, sich diesem Auseinandersetzungsverfahren zu unterziehen, folgt aus der Pflicht derselben, für die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger Sorge zu tragen s. Kommun-Ordnung cap. II Abschn. 19. § 11; Pfandgesetz Art. 39, Hauptinstruktion § 84; Notariatssportelgesetz vom 8. Juni 1883 Art. 23.

2. Es ist zunächst gemäß A. 17 des Notariatsgesetzes ein Vermögensverwalter zu bestellen und nach Vorschrift der Justizministerialverfügung vom 6. Dezember 1884 zu verpflichten,

---

1) Die hier mitgeteilte Fassung ist dem Visitationserlaß an das Amtsgericht zu Nürtingen entnommen. Dieser weicht in einigen Punkten von demjenigen an das Amtsgericht Herrenberg ab.

dem die Sorge für den Nachlaß obliegt (s. A. 22 des württ. Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung).

3. Sodann ist ein Gläubigeraufruf und zwar an die bekannten Gläubiger speziell dahin zu erlassen, daß, falls nicht innerhalb des von der Teilungsbehörde zu bestimmenden Termins ein Antrag auf die Eröffnung des Konkurses gestellt würde, der Nachlaß nach den außerhalb des Konkurses geltenden Grundsätzen zur Verteilung käme. Je nach der Lage der Sache kann mit diesem Aufruf die Anberaumung eines Termins zur Verhandlung mit den Gläubigern verbunden werden. Irgend ein materieller Rechtsnachteil, wie der des Ausschlußes oder der Annahme der Zustimmung zu einem Vergleiche kann nicht angedroht werden.

4. Wenn sich Schwierigkeiten ergeben, namentlich wenn einzelne Gläubiger mit der Zwangsvollstreckung vorgehen, (A. 23 des württ. Ausführungsges. zur CivilP.O. findet hier keine Anwendung), so ist der Nachlaßvertreter von der Teilungsbehörde anzuweisen, den Antrag auf Eröffnung des Konkurses gegen die Verlassenschaft zu stellen, wozu er nach § 205 der Konkursordnung befugt ist.

5. Die Veräußerung der Verlassenschaft hat nach den bei Verlassenschaftsteilungen geltenden Grundsätzen durch den Kurator unter Leitung der Teilungsbehörde zu geschehen.

6. Die Feststellung der einzelnen Forderungen erfolgt durch das Anerkenntnis des Kurators, wobei jedoch die Teilungsbehörde berechtigt ist, die Zustimmung zu versagen. Daß die einzelnen Gläubiger gegenseitig über ihre Forderungen gehört werden, ist nicht erforderlich.

7. Da der Ausschluß nicht angedroht werden kann, müssen nachkommende Gläubiger, solange noch unverteiltes Vermögen vorhanden ist, berücksichtigt werden.

8. Bei Verteilung der Masse kommen nur die außerhalb des Konkurses geltenden Grundsätze zur Anwendung; es können deswegen die Vorzugsrechte des § 54 der Konkursordnung nicht beachtet werden. Es sind hienach die Kosten zuerst zu befriedigen; Absonderungsrechte und Retentionsrechte, welche

dem Gläubiger nach württemb. Recht auch außerhalb des Konkurses zustehen, können auch bei diesem Verfahren geltend gemacht werden vergl. Hohl, KonkursO. S. 200; Stieglitz, S. 308d. Die persönlichen Gläubiger sind nach dem Verhältnis des Betrags ihrer Forderungen zu befriedigen.

9. Uebrigens steht selbstverständlich nichts im Wege, daß im Vergleichsweg die Verteilung nach den Grundsätzen der Konkursordnung vorgenommen wird, wozu sich die Gläubiger zur Vermeidung der Kosten des Konkursverfahrens gerne herbeilassen werden.

Das K. Justizministerium hat die betreffenden Visitations-Akten dem Oberlandesgericht mitgeteilt und demselben anheimgegeben, ob dasselbe nicht nach vorgängiger Vernehmung sämtlicher Landgerichte sich zu Erlassung eines Gemeinbescheids hierüber veranlaßt finde. Diese Berichte sind eingeholt worden. Das Oberlandesgericht glaubte jedoch nicht in der Lage zu sein, eine allgemeine Verfügung über die vorliegende Frage erlassen zu können und es hat sich demgemäß dasselbe auch nicht über die Richtigkeit der von dem Landgericht zu Tübingen aufgestellten Sätze und der im Nachstehenden mitgeteilten Ausführungen seines Berichterstatters ausgesprochen.

Es mag jedoch zur Klarstellung der Frage und zur Anregung weiterer Erörterung zweifelhafter Punkte dienlich erscheinen, wenn aus dem Vortrag des Berichterstatters des Oberlandesgerichts das Nachstehende veröffentlicht wird.

I. Daß sich die Frage erhoben hat, wie zu verfahren sei, wenn beim Vorliegen der Ueberschuldung eines Nachlasses die Erbschaft nicht angetreten werde, ist eine Folge der Bestimmungen der Reichs-Konkursordnung.

Während nämlich nach den Grundsätzen des bisherigen württembergischen Rechts die Teilungsbehörden verpflichtet waren, wenn sich bei einer Verlassenschaftsteilung eine Ueberschuldung des Nachlasses herausstellte und die Erbschaft nicht unbedingt, sondern mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten oder aber ausgeschlagen wurde, dem Gantgericht von Amtswegen Anzeige zu machen und demselben die Akten zu

übergeben, welches sodann den Konkurs erkannte [1]), so kann nach den Vorschriften der Reichskonk.O. § 95 das Verfahren nur auf Antrag eröffnet werden. Dies gilt auch bezüglich der Eröffnung des Konkurses über einen Nachlaß s. § 205 eod. Zu diesem Antrag ist jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlaßgläubiger berechtigt.

So kann sich der Fall ergeben, daß sich zu einem überschuldeten Nachlaß ein Erbe nicht findet, daß aber auch die Eröffnung des Konkursverfahrens über die Verlassenschaft nicht beantragt wird.

Die württembergischen Ausführungsgesetze zur Reichscivilprozeßordnung und Reichskonkursordnung haben im Anschluß an das geltende Recht einzelne Bestimmungen getroffen für den Fall, daß die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten wird, s. Art. 9 des Ausf.Gesetzes zur Reichskonk.O.; Art. 23 des Ausf.Ges. zur ReichscivilP.O.; Vorschriften über den vorbezeichneten Fall, daß die Erbschaft nicht angetreten wird, finden sich aber nicht.

Das Landgericht zu Tübingen ist auf Grund der Kommunordnung vom 1. Juni 1758 cap. II, Abschnitt 19 § 11.; des Pfandgesetzes A. 39 und der Hauptinstruktion dazu § 84 ff.; ferner A. 23 des Gesetzes v. 8. Juni 1883 der Ansicht, daß die Teilungsbehörden zu Auseinandersetzung solcher überschuldeter Verlassenschaften von Amtswegen verpflichtet seien. Hiemit stimmen die übrigen Landgerichte mit Ausnahme derjenigen zu Ellwangen und Rottweil überein.

Das Landgericht zu Ellwangen hat sich dahin ausgesprochen: Nach der württembergischen Ausführungsgesetzgebung bestehe eine Lücke in Beziehung auf die vorliegende Frage nicht. Absichtlich sei nur für den Fall des Erbschaftsantritts

1) Generalrescript vom 14. April 1781. Ziff. 12; § 160 des IV. Edikts; Hauptinstruktion zum Pfandges. § 97. Abs. 2; Stein — Hohl S. 123; Weishaar, Privatrecht § 909; Jetter § 437 S. 316, § 475 S 317.; Boscher, Zeitschrift B. 9 S. 258, B. 18 S. 259. 260; Kommiss.-Bericht der Kammer der Abg. zum Ausführungsges. zur Reichskonk.O. A. 9 f. neue Justizges.G. B. 6 S. 446.

mit der Rechtswohlthat des Inventars ein besonderes Liquidationsverfahren angeordnet worden und zwar offenbar deshalb, weil nach Maßgabe der Civilprozeßordnung ein Bedürfnis hiezu für den Fall eines erblosen Nachlasses nicht vorliege. Die Voraussetzung, daß die von dem Landgericht zu Tübingen angezogenen Gesetzesstellen auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, treffe nicht zu. Wie schon der Wortlaut derselben ergebe, beziehen sie sich nur auf den Fall, wenn die Erbschaft angetreten worden sei [1]). Auch die Motive zu dem angeführten Art. 9 erkennen nur bezüglich des Falls des Erbschaftsantritts mit der Rechtswohlthat des Inventars ein Bedürfnis an, ein Verfahren zu bestimmen, in welchem der Passivstand mit Sicherheit ermittelt, und für die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus der Erbmasse ausreichende Vorkehr getroffen sei. Ebenso spreche sich der Kommissionsbericht zu Art. 18 des Entwurfs aus. Es sei aber auch richtig, daß kein Bedürfnis vorhanden sei. Die Thätigkeit der Rechtspolizei beschränke sich in diesen Fällen auf die Sicherung der Masse und die Herstellung einer gesetzlichen Vertretung derselben, erstrecke sich aber nicht auf die Befriedigung der Gläubiger von Amtswegen. Wie es tagtäglich bei Lebzeiten der Schuldner vorkomme, daß deren Vermögen, ohne daß ein Antrag auf Eröffnung des Konkurses gestellt werde, völlig ausgepfändet werde, so müsse dies auch jetzt gelten, wenn einer nicht angetretenen Erbschaft ein Kurator bestellt worden sei und kein Antrag auf Konkurseröffnung gestellt werde. Im letzteren Fall andere Grundsätze eintreten zu lassen als bei Lebzeiten des Schuldners, fehle es an allem Grund. Es finde also unbeschränkt die Spezialexekution nach Maßgabe der Civilprozeßordnung statt. Uebrigens könne auch dem Verwalter nicht verwehrt werden, einzelne Gläubiger aus der Masse zu bezahlen und hiezu einen Gläubigeraufruf zu erlassen. Für ein Offi-

1) Dem Landgericht zu Ellwangen lag nur der Visitationserlaß vom 7. Mai 1883 vor, welcher eine Bezugnahme auf A. 23 des Notariatssportelgesetzes noch nicht enthielt.

zialverfahren der Teilungsbehörden sei daher kein Raum, für eine Regelung des Verfahrens kein Bedürfnis vorhanden, und es könne sich nur darum handeln, die Notare und Waisengerichte über die Lage der Gesetzgebung zu belehren.

Das Landgericht zu Rottweil ist ebenfalls der Ansicht, daß sich die erwähnten Gesetzesstellen nur auf den Fall beziehen, wenn die Erbschaft angetreten worden sei, daß es jedoch wegen der Kostenersparnis und rascheren Erledigung zweckmäßig erscheine, die Eröffnung des Konkurses zu vermeiden. Es liege im Sinne und Geist der württemb. Gesetzgebung, daß die Teilungsbehörden von Amtswegen für die gleichmäßige Befriedigung der Nachlaßgläubiger Sorge tragen, es fehle aber dem bisherigen Verfahren der Teilungsbehörden an einer gesetzlichen Grundlage und es sei daher eine gesetzliche Regelung des Verfahrens angezeigt.

Allein es wird der Annahme des Landgerichts zu Tübingen beizutreten sein, daß die Teilungsbehörden durch das Gesetz berufen sind, die Auseinandersetzung überschuldeter Verlassenschaften vorzunehmen, auch wenn die Erbschaft nicht angetreten worden ist.

Zu den Teilungsgeschäften und Erbteilungen, welche Art. 5 und 7 des Notariatsgesetzes als zum Geschäftskreis der Waisengerichte und Notare gehörig bezeichnet, ist auch die Verteilung eines Nachlasses unter die Gläubiger zu rechnen, zu welchem ein Erbe nicht vorhanden ist.

Zwar sprechen die angeführten Stellen der Kommunordnung, des Pfandgesetzes und der Hauptinstruktion ihrem Wortlaut nach allerdings nur von dem Fall, daß Erben vorhanden sind. Dies hat seinen Grund darin, daß sie den andern Fall zu erwähnen, keine Veranlassung hatten. Denn wenn die Verlassenschaft überschuldet war und die Erbschaft nicht angetreten wurde, so hatten nicht die Teilungsbehörden, sondern das Gantgericht die Verteilung von Amtswegen zu besorgen. Der Fall aber, daß eine zureichende Verlassenschaft nicht angetreten wurde, kam nicht vor.

Jene Vorschriften sind aber nur ein Ausfluß des Grund-

satzes, daß die Schulden als etwas auf der ganzen Erbschaftsmasse Haftendes betrachtet wurden, daß vor Bezahlung derselben von einer Erbschaft nicht die Rede sein könne, und daß es die Gläubiger mit den Erben eigentlich gar nicht zu thun haben sollen s. Bolley Comm. B. 1 S. 207. 213.

Schon das Landrecht Th. 4 Tit. 4 § 1 und ff. hat bestimmt, daß nach vorgenommener Obsignation und Inventarisation zuvörderst die Schulden bezahlt werden sollen.

Im Anschluß hieran schreibt das Generalreskript v. 3. Sept. 1642, s. Reyscher Gesetzs. B. II S. 428, vor: es sollen die Bestimmungen des Landrechts vom Obsignieren und Inventieren besser als bisher beobachtet werden und vornämlich den bekanntlichen Kreditoren nimmer so hoch präjudiziert, sondern sie vor aller Erbschaft kontentiert und assekuriert und billigermaßen verwiesen werden. Das Generalreskript vom 14. Juni 1643 wiederholt dies und verfügt: es sollen fürderhin auf dergleichen sich ereignende Todesfälle die befundenen Kreditoren jedesmal vor Antretung der Erbschaften obangezogenen Landrechten gemäs mit den Erben verglichen und die liquidierten Schulden ex massa hereditaria abgestattet oder mit Vorwissen der Kreditoren billigen Dingen nach abgefunden werden, zu welchem Ende die Amtleute dem Stadtschreiber nebst verordneten Teil- und Waisenrichter keine Teilung ehe und denn die darin befundenen Schulden zur Richtigkeit gebracht und beiderseits beliebigermaßen abgefunden, vorzunehmen gestatten sollen. Ebenso bestimmt das Generalreskript vom 13. Sept. 1709, Reyscher l. c. B. III S. 233: obwohl aus den kaiserlichen Rechten und dem Landrecht zu ersehen sei, daß auf begebende Todesfälle von den anmaßenden Erben die hinterlassenen Schulden gleich nach beschehener Inventur und Obsignation vor Antretung der Erbschaft sollen abgestattet werden, so werde dies doch wenig beachtet, sondern insgemein die Erbschaften angetreten, das Vermögen und die Schulden geteilt und mehrenteils ohne Wissen der Gläubiger distrahiert, wodurch diese oft das Nachsehen haben; deshalb sollen auf dergleichen sich ereignende Todesfälle alle Kreditoren,

sie mögen Namen haben, wie sie wollen, jedesmal vor Antretung der Erbschaften mit den Erben verglichen und die liquidierten Schulden ex massa hereditaria abgefunden werden, zu welchem Ende keine Teilung gestattet werden solle, ehe und denn alle darin befundenen Schulden zur Richtigkeit gebracht seien, s. ferner die Generalreskripte v. 27. Febr. 1717 und 24. April 1724.

An diese Generalreskripte schließt sich die Kommunordnung vom 1. Juni 1758 S. 56—57, Reyscher III S. 595, an: „Es solle aber nach verrichteter Inventur bei Strafe nicht eher zur Teilung geschritten werden, es seien denn vorderist unsere geist- und weltliche Beamte, wie auch das Steueramt und andere Korpora, Kommunen, Pflegschaften und Privatpersonen um das Ihrige durch Aussetzung baarer Mittel oder anderer wohl verkäuflicher Stücke völlig vergnügt“.

Bezüglich der Steuern aber ist in Kap. 5, Abschn. 11 § 13 noch besonders vorgeschrieben „und wie nach Maßgabe unseres fürstlichen Landrechts niemand erben kann, es seien denn zuvor des Erblassers Schulden bezahlt, also sollen, im Fall der Verstorbene etwas an Steuern schuldig geblieben, der Stabsbeamte, wie auch Bürgermeister und Gericht, fürnämlich aber die Teilrichter von Amtswegen dafür besorgt sein, damit das gemeine Wesen hierunter nicht zu Schaden komme“ s. auch Abs. 2 und 3 des § 13.

An den Vorschriften der Kommunordnung ist durch A. 39 des Pfandgesetzes nur in sofern eine Aenderung getroffen, als den Erbschaftsgläubigern „insoweit nicht für die alsbaldige baare Befriedigung der Erbschaftsgläubiger gesorgt werden kann [1]), ein Pfandrechtstitel eingeräumt worden ist. Es bleibt aber die Pflicht bestehen, in erster Linie für die alsbaldige baare Befriedigung der Gläubiger zu sorgen. Aus dem Bisherigen folgt, daß die Fürsorge der Teilungsbehörden für die Befriedigung der Gläubiger auch dann einzutreten hat, wenn die Erb-

1) Zu vergl. Boscher, Zeitschr. II S. 16—23; Lang, Sachenrecht II S. 195; Bolley, Comment. I S. 213 ff.

schaft überhaupt nicht angetreten wird, und hiebei hat es auch im Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses zu verbleiben, nachdem die Obliegenheit der Teilungsbehörden weggefallen ist, beim Zutreffen dieser Voraussetzung die Akten dem Gantgericht von Amtswegen vorzulegen und letzteres nicht mehr von Amtswegen den Gant zu erkennen hat. Zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses ist die Teilungsbehörde nicht befugt.

Es bestimmt auch A. 23 des Notariatssportelgesetzes vom 8. Juni 1883: „wenn die Auseinandersetzung eines überschuldeten Nachlasses von der Teilungsbehörde zu besorgen ist, so ist die volle Realteilungssportel anzusetzen". Hiezu bemerken die Motive, 1. Beilagenb. v. 1883 S. 69, „wenn es trotz der vorliegenden Ueberschuldung eines Nachlasses nicht zu einer konkursmäßigen Auseinandersetzung kommt, weil kein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt wird und wenn nun entweder das durch A. 9 cit. geregelte Auseinandersetzungsverfahren eintritt, oder, weil ein Erbe nicht vorhanden ist, die Auseinandersetzung durch die Teilungsbehörden nach Maßgabe der an A. 39 des Pfandgesetzes sich anschließenden Grundsätze erfolgt, so ist die Ansetzung der Realteilungssportel gerechtfertigt, sofern die Thätigkeit der Teilungsbehörde ganz in derselben Weise in Anspruch genommen wird, wie bei einer andern Realteilung". Uebereinstimmend hiemit hat sich die Kommission der Kammer der Abgeordneten zu A. 23 geäußert, eod. S. 96, „wenn ein Nachlaß überschuldet ist, ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens aber nicht gestellt wird, so ist die Auseinandersetzung durch die Teilungsbehörde zu besorgen. Ist die Erbschaft cum benef. invent. angetreten, so ist das durch A. 9 des Ausführungsgesetzes vorgeschriebene Verfahren einzuleiten. Wenn aber ein Erbe nicht vorhanden ist, so hat die Teilungsbehörde für die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger von Amtswegen zu sorgen A. 39 d. Pfandg." Die Kommission der Kammer der Standesherrn hat hiegegen nichts erinnert.

Für die Ansicht der Mehrheit der Landgerichte kann noch Bezug genommen werden auf A. 9 Abs. 2 und 3 des Aus-

führungsgesetzes zur Reichskonkursordnung. Hienach hat die Teilungsbehörde die Verteilung des Nachlasses auch in dem Fall vorzunehmen, wenn sich die Unzulänglichkeit desselben unzweifelhaft ergeben hat. Hier ist zwar ein Erbe formell vorhanden; allein materiell handelt es sich lediglich um eine Auseinandersetzung unter den Gläubigern und um die Verteilung des Nachlasses unter diese. Zu einer Auseinandersetzung unter den Erben ist kein Objekt vorhanden. Ist die Teilungsbehörde trotzdem zur Erledigung der Sache berufen, so darf auch auf die Zuständigkeit derselben in dem materiell gleichen Fall geschlossen werden.

Demgemäß war es begründet, wenn die Kommission der Kammer der Abgeordneten in dem Bericht zu dem angeführten A. 9 sich dahin ausgesprochen hat (s. R. JustizG. B. 6 S. 448): „Es liegt also kein Anlaß vor, die Ermächtigung der Teilungsbehörden zur Verteilung solcher Nachlässe, (d. h. von Nachlässen, zu welchen ein Erbe nicht vorhanden ist), falls kein Konkurs entsteht, festzustellen. Sie besteht schon gesetzlich". Es hat sich auch die Kommission zu A. 18 des Entwurfs, A. 9 des Gesetzes, nicht sowohl dahin geäußert, daß die Kommunordnung und das Pfandgesetz sich nur auf den Fall des Erbschaftsantritts beziehen und daß die Kommission nur für den Fall des Erbschaftsantritts cum beneficio inventarii ein Bedürfnis der Regelung des Verfahrens anerkenne, nicht aber für den Fall, wenn ein Erbe nicht vorhanden sei, weil für diesen die gesetzlichen Vorschriften schon ausreichen, sondern sie hat dieses Bedürfnis verneint, weil die Fälle zu selten sein werden, in welchen es zu einem außergerichtlichen Austrag der Sache kommen werde.

II. Die Annahme der Kommission der Kammer der Abgeordneten, es werde kein Bedürfnis vorhanden sein, für die seltenen Fälle des außergerichtlichen Austrags der Sache das Verfahren durch eine Bestimmung zu regeln, die nur dahin gehen könnte „die Bestimmung des Absatzes 3 findet auch dann Anwendung, wenn die Ueberschuldung eines Nachlasses, zu welchem ein Erbe nicht vorhanden ist, sich heraus-

gestellt hat", weil die Möglichkeit gegeben sei, die Behandlung einer solchen überschuldeten Nachlaßsache in das Konkursverfahren überzuleiten und dies auch in der Regel geschehen werde, hat sich durch die Erfahrung nicht als zutreffend erwiesen.

Aus den Berichten der Landgerichte hat sich ergeben, daß die Fälle, in welchen sich eine Ueberschuldung des Nachlasses herausgestellt hat und deshalb die Erbschaft ausgeschlagen wurde, nicht selten vorgekommen sind. In einem Teil derselben war die Ueberleitung in das Konkursverfahren schon deshalb ausgeschlossen, weil nach § 99 d. KonkursO. die Abweisung des Konkurseröffnungsantrags erfolgen kann, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist, und bei der erfahrungsmäßigen Höhe der Kosten der in Aussicht zu nehmende Betrag die vorhandene Masse überstieg. Allein auch da, wo die Möglichkeit der Ueberleitung des Verfahrens in den Konkurs vorhanden war, wurde nach jenen Berichten nur in ganz vereinzelten Fällen davon Gebrauch gemacht. Nur in dem Bezirke eines Amtsgerichts bildete es die Regel, daß der Nachlaßverwalter bei erheblicheren Nachlaßmassen den Konkurs beantragte.

Die Thatsache, daß der Konkurs auch in denjenigen Fällen, in welchen dies möglich wäre, nicht beantragt wird, erklärt sich daraus, daß die Gläubiger die Kosten des Konkursverfahrens zu vermeiden suchen und das billigere und raschere Auseinandersetzungsverfahren durch die Teilungsbehörden, an welches das Publikum gewöhnt ist und dem es Vertrauen schenkt, vorziehen.

Die unbevorzugten Gläubiger retten durch dasselbe denjenigen Betrag, welchen die Konkurskosten in Anspruch nehmen würden und schon der Unterschied der Realteilungssportel nach A. 23 des Not.Sportelges. und der Gerichtsgebühren des Konkursverfahrens ist ein nicht unerheblicher, s. auch A. 8 Abs. 2 jenes Gesetzes. Auch die bevorzugten Gläubiger sind nicht sicher, daß ihnen nicht durch die Kosten des Konkursverfahrens die Befriedigungsmittel weggenommen und daß sie ihren Kostenvorschuß wieder erhalten werden.

Obwohl sodann A. 23 des Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung nur bei einem Erbschaftsantritt cum benef. invent. gilt, somit ein Gläubiger nicht gehindert werden kann, die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß fortzusetzen, § 693 C.P.O., oder in die ruhende Erbschaft zu beantragen, § 694 eod., so werden in den Berichten doch nur zwei Fälle angeführt, in welchen das bewegliche Vermögen durch einige Gläubiger ausgepfändet worden ist. Der Grund wird darin zu suchen sein, daß Vielen noch unbekannt sein mag, daß der erwähnte Art. 23 nur für die Fälle des Erbschaftsantritts cum benef. invent. gilt, sodann darin, daß der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger zu befürchten hat, daß ein anderer Gläubiger oder der Masseverwalter die Eröffnung des Konkurses beantragt, hiedurch die Einzelexekution beseitigt und daß sodann die Kosten des vollstreckbaren Titels u. s. w. dem Gläubiger zur Last fallen.

III. Da die Ausführungsgesetze zu den Reichsjustizgesetzen Vorschriften über das Verfahren nicht gegeben haben, wenn bei vorhandener Ueberschuldung die Erbschaft nicht angetreten wird, und die Bestimmungen der Konkursordnung, welche ein richterliches Verfahren voraussetzen, nicht übertragbar sind, so können die anzuwendenden Normen nur den überhaupt für die Behandlung der Geschäfte der Teilungsbehörden geltenden Grundsätzen entnommen werden.

Hinzuweisen ist zunächst auf die Tutelarratsordnung vom 5. Sept. 1781 Art. 6, die Kommunordnung v. 1. Juni 1758 S. 57 § 12, und bezüglich der Auseinandersetzung mit den Gläubigern auf das Generalreskript vom 25. Nov. 1709. Hienach kann das Verfahren der Teilungsbehörden nur ein vermittelndes sein, dazu bestimmt, Streitigkeiten zu verhüten, wogegen sie Streitigkeiten zu entscheiden oder Rechtsnachteile anzudrohen nicht befugt sind. Dieser Charakter ihres Verfahrens tritt bei der Auseinandersetzung erbloser Verlassenschaften insbesondere dadurch hervor, daß auch während desselben und auch wenn dasselbe schon weit vorangeschritten ist, jeder Gläubiger, welcher demselben nicht zustimmt, den Kon-

kurs beantragen oder die Zwangsvollstreckung in den vorhandenen Nachlaß betreiben kann.

Sodann ist es als statthaft zu erachten, das in A. 9 des Ausführungsgesetzes zur Konkursordnung für den Fall des Erbschaftsantritts mit der Rechtswohlthat des Inventars geordnete Verfahren, soweit die Gründe desselben zutreffen, auch auf die Auseinandersetzung eines überschuldeten Nachlasses bei nicht angetretener Erbschaft zu übertragen, und endlich können Anhaltspunkte gewonnen werden aus dem Zweck der Auseinandersetzung, die Liquidation des Nachlasses in geordneter, den Interessen sämtlicher Gläubiger gleichmäßig dienender Weise durchzuführen.

IV. Präjudiziell für die Thätigkeit der Teilungsbehörden ist die Frage, ob der für den Nachlaß aufgestellte Kurator beziehungsweise die Teilungsbehörde überhaupt befugt ist, die Bestandteile des Nachlasses insbesondere Immobilien zu veräußern, eine Frage, welche in dem Erlasse des Landgerichts zu Tübingen stillschweigend bejaht ist. Wird die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so ist ein Vertreter des Nachlasses vorhanden, welcher der Veräußerung zustimmen kann. Wird die Erbschaft nicht angetreten und der Nachlaß durch den Masseverwalter oder die Teilungsbehörde veräußert, so liegt die Gefahr vor, daß durch einen entfernteren Verwandten, an welchen die Erbschaft nach dem Ausschlagen der zunächst Berufenen deferiert wird, insbesondere dann, wenn der Wert eines Grundstücks erheblich gestiegen ist und die Ueberschuldung dadurch beseitigt erscheint, die vorgenommene Veräußerung wegen mangelnder Legitimation der Veräußernden angefochten und die verkauften Grundstücke von dem Käufer herausverlangt werden. Einige Amtsgerichte und Notariate bezweifeln die Berechtigung des Kurators und der Teilungsbehörde zur Vornahme von Veräußerungen und die Notariate zu Heilbronn, Sontheim und Kirchhausen wünschen die Berechtigung hiezu ausdrücklich ausgesprochen, weil keine dieselbe hiezu legitimierende Bestimmung vorhanden sei und diese Frage die meisten Zweifel hervorrufe.

Diese Berechtigung wird jedoch zu bejahen sein. Schon nach gemeinem Recht war der Kurator einer ruhenden Erbschaft zur Veräußerung von Nachlaßgegenständen befugt, um die Schuldentilgung vorzunehmen [1]).

Die l. 7 Dig. 28. 8 gestattet die Veräußerung, si qua pecunia sub poena debetur, oder ne pignora distrahantur, und die l. 1 § 2 Dig. 42. 7 si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat. Diese Vorschriften finden unmittelbare Anwendung auf den vorliegenden Fall, wo es sich um die Vermeidung der mit einer Zwangsvollstreckung verbundenen Nachteile, des mit einem Verkauf der gepfändeten Gegenstände im Zwangsvollstreckungswege erfahrungsgemäß verbundenen Mindererlöses und der Kosten der Zwangsvollstreckung handelt. Da die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß erfolgen kann, s. § 693. 694 C.P.O., und erfolgen muß, wenn die Gläubiger nicht befriedigt werden, so ist kein Grund abzusehen, warum der Kurator genötigt sein sollte, die Durchführung der Zwangsvollstreckung abzuwarten.

Wenn sodann das Generalreskript vom 25. Nov. 1709, sowie die oben angeführten Generalreskripte den Stadt-, Amts- oder Gerichtsschreiber neben den verordneten Teil- und Waisenrichtern mit gebührender scharfer Strafe und mit Regreßansprüchen bedrohen, wenn sie nicht alles Fleißes daran sind, daß die Gläubiger vor Antretung der Erbschaften mit den Erben verglichen und die liquidierten Schulden ex massa hereditaria abgestattet werden, und wenn keine Teilung zugelassen werden soll, ehe denn die Schulden zur Richtigkeit gebracht, so müssen die Teilungsbehörden auch befugt sein, die Mittel zur Bezahlung der Schulden flüssig zu machen. Auch die Kommun-Ordnung l. c. bedroht die Stadt- und Amtsschreiber

1) Roth, deutsches Privatr. B. II S. 491; Glück, Comment. B. 33 S. 119 Note 58; Seufferts Archiv B. 23 Nr. 40 S. 74, B. 30 S. 58; Seuff. Pand. B. 3 S. 220; Windscheid, Pand. B. II S. 684 Note 7 u. hiezu l. 1 § 4 Dig. 50. 4., l. 8 Dig. 42. 4., l. 23 § 2 u. 3 Dig. 28. 5, l. 3 Dig. 27. 10, l. 22 § 1 Dig. 42. 5., l. 48 Dig. 26. 7., l. 1 § 2 Dig. 42. 7., l. 14 Dig. 42. 5., l. 7 Dig. 28. 8.

sowie die Teilrichter mit empfindlicher Strafe, wenn sie nach errichteter Inventur zur Teilung schreiten, ehe die Gläubiger durch Aussetzung baarer Mittel oder anderer wohl verkäuflicher Stücke völlig vergnügt seien und bezüglich der Steuerforderungen wird eod. S. 131 § 13 verfügt, es sollen gleich bei Anfang der Teilung die bereitesten Mittel ausgesetzt und der wirkliche Angriff dieser Mittel vorgenommen werden, wenn nicht die Erben binnen einer Frist die Steuern bezahlen. Es kann auch weiter verwiesen werden auf A. 9 Abs. 3 des Ausführungsges. z. Konk.O. Hienach kann nach Ablauf von zwei Wochen nach der betreffenden Bekanntmachung die Verteilung des überschuldeten Nachlasses durch die Teilungsbehörde erfolgen. Dies setzt die Befugnis derselben zur Versilberung des Nachlasses voraus, da nach Absatz 4 der Erbe während der Dauer des Auseinandersetzungsverfahrens erbschaftliche Grundstücke nicht veräußern und verpfänden darf.

Hiemit hängt eine Frage zusammen, welche von einem Landgericht berührt worden ist. Die meisten der Berichte sprechen von einem erblosen Nachlaß schon dann, wenn die zunächst berufenen Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben. Allein in einem solchen Fall wird die Erbschaft den durch die Erstberufenen ausgeschlossenen Erben deferiert [1]). Von einem erblosen Nachlaß könnte also nur dann die Rede sein, wenn auch der Fiskus die Erbschaft ausgeschlagen hätte [2]).

Es fragt sich, wie weit die Teilungsbehörden mit Aufsuchung der Erben, nachdem die Vorgehenden weggefallen sind, zurückzugehen haben. Es wird dies dem vernünftigen Ermessen der Teilungsbehörden überlassen bleiben müssen, welche späteren Verwicklungen und Anfechtungen thunlichst vorzubeugen haben. Auf weitere Erben zurückzugehen, wird die Teilungsbehörde nur dann unterlassen können, wenn mit Sicherheit anzunehmen

---

1) Landr. Th. IV. tit. 19 § 1., tit. 20 § 5 u. 7., tit. 21 § 2 u. 5; Stein-Hohl S. 158 u. 10—13.

2) Ueber dessen Erbrecht s. Stein-Hohl S. 38; Römer Erbrecht S. 80; Entsch. d. Reichsg. B. 7 S. 153, B. 8 S. 243; Gerichtsblatt B. 21 S. 65.

ist, daß auch die nachfolgenden Erben die Erbschaft ausschlagen werden.

V. Was das Verfahren im Einzelnen betrifft, so haben sich die Landgerichte, soweit sie sich hierauf eingelassen haben, mit den von dem Landgericht zu Tübingen aufgestellten Sätzen im Wesentlichen einverstanden erklärt.

Zu Ziffer 1. Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit der Teilungsbehörden ist auf das oben Ausgeführte zu verweisen. Hieraus folgt, daß die Auseinandersetzung erbloser Verlassenschaften zur Amtspflicht der Teilungsbehörden gehört. Für die örtliche Zuständigkeit gilt nichts besonderes.

Zu Ziffer 2. Nach den Berichten der Landgerichte hat sich hiebei eine erhebliche Verschiedenheit der Behandlungsweise ergeben [1]). Dieselben sind aber darüber im Einverständnis, daß ein Kurator in Gemäßheit des Notariatsges. A. 17 aufzustellen und zu verpflichten sei. Art. 22 des Ausführungsgesetzes z. CivilP.O. bezieht sich im Anschluß an § 694 C.P.O. nur auf die Kuratoren, welche behufs Vornahme einer Zwangsvollstreckung auf Antrag des Gläubigers zu bestellen sind. Dagegen wird nach l. 3 Dig. 27. 10, l. 22 § 1. Dig. 42. 5, l. 1 § 4 Dig. 50. 4 der ruhenden Erbschaft auch von Amtswegen ein Kurator bestellt [2]), und es weist A. 16 des Not.G. die Waisengerichte an, zu den Erbschaftsteilungen die erforderlichen Vermögensverwalter zu bestellen und mittelst Angelobens zu verpflichten. Erforderlich ist die Aufstellung eines Verwalters zur Sicherung des Nachlasses und zur Vornahme von Veräußerungen. Die Bestellung und Verpflichtung hat in Gemäßheit der Art. 16 und 17 des Not.G. und der JustizM.Verf. v. 6. Dez. 1884 zu erfolgen. Der Verwalter vertritt den Nachlaß im Prozeß, s. § 220 C.P.O., u. Entsch. d. Reichsg. B. 4 S. 437, und bei Zwangsvollstreckungen.

Zu Ziffer 3. Auch bezüglich dieses Punkts war die ein-

1) Dies im Einzelnen mitzuteilen, würde zu weit führen.

2) Roth, deutsch. Privatr. B. II S. 491; Glück, Comm. B. 30. S. 118; Seuff., Pand. § 564; Windscheid, Pand. § 447; Lang, Familienr. § 109. S. 656. 657; Gaupp, Comm. I S. 553.

gehaltene Behandlungsweise eine verschiedene. Die Ansicht einiger Landgerichte weicht zum Teil von derjenigen des Landgerichts zu Tübingen ab.

Es ist zu unterscheiden zwischen dem Gläubigeraufruf und der Bekanntmachung der Sachlage an die Gläubiger, welche beide verbunden werden können und da, wo die Unzulänglichkeit des Nachlasses von Anfang an schon feststeht, zweckmäßigerweise verbunden werden.

Die Hauptinstruktion zum Pfandgesetz § 92 schreibt vor, daß wenn bei einer Erbschaftsteilung die Vermutung begründet sei, daß außer den angezeigten noch anderweite Schulden vorhanden seien, die unbekannten Gläubiger zur Angabe ihrer Ansprüche öffentlich aufgefordert werden sollen. Da diese Vermutung bei einer Erbschaft, welche ausgeschlagen wird, wohl stets begründet sein wird, so wird ein öffentlicher Gläubigeraufruf nicht umgangen werden können. Hiezu kommt, daß es als Aufgabe der Teilungsbehörden erklärt ist, für Befriedigung der, d. h. aller Gläubiger zu sorgen und wenn Art. 9 cit. die Erlassung eines Gläubigeraufrufs unbedingt vorschreibt in einem Fall, wo ein Erbe vorhanden ist, welcher über die vorhandenen Schulden Aufschluß geben kann und wo die Gläubiger zutreffendenfalls noch von ihrem Absonderungsrecht Gebrauch machen können, so muß die Erlassung eines solchen auch da für geboten erachtet werden, wo nicht einmal die letzteren Voraussetzungen zutreffen. Es ist daher in dieser Beziehung der Ansicht des Landgerichts zu Tübingen beizutreten und es wird eine solche Aufforderung nur da unterlassen werden können, wo die vorhandene Masse die Kosten nicht deckt. Der Abs. 2 des § 92 der Hauptinstr. wird nicht entgegenstehen, daß jener Aufruf, wie nach A. 9 Abs. 1 des Ausf.G., durch die Teilungsbehörde erlassen wird.

Ergibt sich auf den Gläubigeraufruf eine Ueberschuldung, oder hat sich diese von Anfang an herausgestellt, so müssen auch hier, da die Gründe die gleichen sind, die Gläubiger von der Sachlage in Kenntnis gesetzt werden, damit sie den Konkurs zu beantragen in der Lage sind und es muß ihnen hiezu

eine angemessene Frist gelassen werden. Diese Mitteilung wird die Angabe der Thatsache, daß die Erbschaft ausgeschlagen worden, die Angabe des Vermögensstands und der Aussichten der Gläubiger zu enthalten haben. In Uebereinstimmung mit der Ansicht des Landgerichts zu Stuttgart ist aber anzunehmen, daß eine öffentliche Bekanntmachung genüge und daß eine spezielle Mitteilung an die einzelnen Gläubiger nicht erforderlich sei. S. dagegen Boscher, Zeitschr. B. 24 S. 5. Der Art. 9 des angef. Gesetzes hält, wenn die Erbschaft cum benef. invent. angetreten worden ist, die Interessen der Gläubiger durch eine Mitteilung von der Sachlage mittelst öffentlicher Bekanntmachung für hinreichend gewahrt. Wurde die Erbschaft ausgeschlagen, so liegt hierin kein Grund, mehr zu verlangen. So bemerkt auch der Bericht der Kommiss. d. Kammer d. Abg. zu A. 9, s. Justizgeſ.G. B. 6 S. 448: „die Regelung des Verfahrens bei nicht angetretener Erbschaft hätte doch nur dahin gehen können, in einem Schlußsatz zu sagen, die Bestimmung des Abs. 3 findet auch Anwendung, wenn die Ueberschuldung eines Nachlasses zu welchem ein Erbe nicht vorhanden ist, sich herausgestellt hat". Die Bestimmungen des § 166 Abs. 1 des IV Edikts und der CivilprozeßO. v. 3. April 1868 A. 908. 915 sind durch A. 17 des Ausführungsgesetzes zur Konk.O. aufgehoben. Würde jedoch eine spezielle Benachrichtigung der einzelnen Gläubiger, welche sich gemeldet haben, oder welche zu berücksichtigen sind, weniger Kosten verursachen, so steht nichts entgegen, diesen Weg zu wählen. Zwar kann ein Gläubiger, welcher den Gläubigeraufruf übersehen hat, durch eine weitere öffentliche Bekanntmachung möglicherweise zur Anmeldung seiner Ansprüche veranlaßt werden; allein dies ist nicht der Zweck dieser Bekanntmachung.

Bezüglich der Art und Weise des Gläubigeraufrufs und der Bekanntmachung wird auch hier aus den gleichen Gründen die Vorschrift des § 68 d. KonkursO. als anwendbar zu erachten und die Frist des A. 9 zu beobachten sein. Nach dem Wortlaut des letzteren „darf nicht begonnen werden" sieht der Gesetzgeber die Interessen der Gläubiger und das Recht der-

selben, den Konkurs zu beantragen, nur dann als genügend gewahrt an, wenn die Masse noch 2 Wochen nach der Bekanntmachung von der Sachlage unverteilt bleibt. Es erscheint daher geboten, auch im vorliegenden Fall den Ablauf dieser Frist abzuwarten und es wird nicht gerechtfertigt sein, wegen drohender Einzelexekutionen mit der Verteilung bälder zu beginnen und so einem Gläubiger thatsächlich zuvorzukommen. Der Weg, um dem vorzubeugen, ist durch § 205 d. KonkO. gegeben.

Ein materieller Nachteil, wie der des Ausschlusses von der Masse, oder der Zustimmung zu einem Vergleich oder zu den Beschlüssen der Mehrheit der Gläubiger kann nicht angedroht werden. Die Mitteilung an die Gläubiger kann nur dahin gehen, daß wenn nicht innerhalb der Frist der Konkurs beantragt würde, die Verteilung des Nachlasses vor sich gehen würde.

Mehrfach ist der Wunsch ausgesprochen worden, es möchte festgestellt werden, was unter dem Ausdruck des A. 9 cit. „bekannte Gläubiger“ zu verstehen sei. Eine solche Feststellung könnte nur durch authentische Interpretation erfolgen. Es kann jedoch nicht angenommen werden, daß hiemit an Früheres angeknüpft werden sollte. Die Streitfrage, was die Worte „bekannte Gläubiger“ bedeuten, schloß sich an § 32 der Justiznovelle an. S. Sarwey, Archiv B. 6 S. 27, B. 10 S. 181; Boscher, Zeitschr. B. 19 S. 139. Dieser Streit betraf eine Frage des Konkursprozesses: wen der Ausschluß von der Masse treffe. Zur Auslegung des A. 9 kann derselbe nicht herangezogen werden. Es ergibt sich aus den Motiven zu Art. 9, daß das Gesetz an den bestehenden Grundsätzen über das Erbteilungsverfahren und die Offizialfürsorge für Berichtigung der Erbschaftsschulden nichts ändern will, soweit nicht besondere Bestimmungen getroffen worden sind, und es liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, daß unter den bekannten Gläubigern des Art. 9 dasselbe verstanden sein solle, was § 32 der Justiznovelle damit bezeichnen wollte. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß in A. 9 diejenigen Gläubiger gemeint sind,

welche nach den geltenden Grundsätzen in das Verlassenschaftsinventar aufzunehmen sind. S. Stein-Hohl S. 314. 315. 319. Eine Vorschrift aber, die Mahnregister und früheren Konkursakten zu durchgehen, besteht nicht. Mit Recht bemerkt ein Amtsgericht: „die Mahnregister der Amtsgerichte, die Schuldklagprotokolle der Schultheißenämter und die Konkursakten können nach der jetzigen Richtung der Gesetzgebung unmöglich mehr als Quellen der Feststellung des Schuldenstands in Verlassenschaftssachen dienen" s. auch Boscher, Zeitschr. B. 19 S. 140. 141.

Zu Ziffer 4. Das Landgericht zu Tübingen hat an seinem ersten Erlaß insofern eine Modifikation eintreten lassen, als dieser dahin gieng, es könne der Nachlaßvertreter von der Teilungsbehörde angewiesen werden, den Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen. In dem Erlaß v. 17. Okt. 1885 heißt es aber: „so ist der Nachlaßverwalter anzuweisen u. s. w.". Aus der Aufgabe, für die Befriedigung aller Gläubiger zu sorgen, folgt allerdings die Pflicht, eine Exekution zu Gunsten eines Gläubigers zu verhindern. Jedoch kann dies nicht so unbedingt ausgesprochen werden. Denn es kann die Masse so gering sein, daß die Abweisung des Konkurseröffnungsantrags vorauszusehen ist, wodurch nur unnötige Kosten entstehen würden. Ebenso kann die Forderung des Gläubigers, welcher die Zwangsvollstreckung betreibt, so klein sein, daß sie gegen die Kosten des Konkursverfahrens gar nicht in Betracht kommt. Es muß dies dem vernünftigen Ermessen des Verwalters bez.-weise der Teilungsbehörde überlassen bleiben. Die andern Gläubiger können ja selbst auch den Konkurs beantragen. Daher würde es richtiger sein, die Vorschrift so zu fassen: die Eröffnung des Konkurses sei in dem fraglichen Fall zu beantragen, wenn nicht besondere Gründe entgegen stehen.

Zu Ziffer 5. Die Landgerichte sind mit der Ansicht des Landgerichts zu Tübingen einverstanden. Bemerkt wurde noch: Die Realisierung der Nachlaßmasse habe nach den sonst geltentenden Grundsätzen im öffentlichen Aufstreich (Not.Ges. A. 20) zu geschehen. Beizufügen werde sein, daß dieselbe erst erfolgen

dürfe, nachdem die Frist zur Stellung des Konkursantrags abgelaufen sei, damit nicht Absonderungsrechte, die nur im Konkurs wirksam seien, beeinträchtigt werden. Die Worte „unter waisengerichtlicher Leitung [1])" seien einer Mißdeutung fähig. Der Verkauf der Fahrnis werde regelmäßig durch den Notar unter Zuziehung eines Inventierers und des Nachlaßkurators vollzogen. Dagegen erfolge der Verkauf der Liegenschaft in der Regel nicht durch den Notar, (JustizM.V. v. 20. Okt. 1853 Ziff. 4) sondern werde gemäß A. 4 des Ges. v. 23. Juni 1853 dem Ortsvorsteher oder Ratschreiber übertragen. Es seien sodann die Beisätze nicht überflüssig, daß das gemeinderätliche Erkenntnis nicht durch die von der waisengerichtlichen Deputation ausgehende Bestätigung ersetzt werde, Not.G. A. 19, und daß die Verfügung über die Pfanderlöse nur der Pfandbehörde zustehe.

Die Ausführungen der Landgerichte sind nicht zu beanstanden. Von einer Zwangsvollstreckung handelt es sich nicht. Die Vorschrift des § 116 der KonkursO. kann keine Anwendung finden. Es kann also auch von einer Veräußerung der Liegenschaft in Gemäßheit des Zwangsvollstreckungsgesetzes nicht die Rede sein. Das Verfahren kann nicht anders angesehen werden, als eine durch den Kurator unter Leitung der Behörde vorgenommene Liquidation des Nachlasses. Der Art. 20 des Not.Ges. handelt nur von dem Erkenntnis darüber, ob der Veräußerung von Vermögen Minderjähriger oder anderer unter Kuratel stehender Personen stattzugeben, beziehungsweise ob von dem öffentlichen Aufstreich abzusehen sei. Es fragt sich, ob die hereditas jacens s. Windscheid, Pand. B. III S. 12 § 351 unter die Worte des A. 20 „und anderer unter Kuratel stehender Personen" falle. Diese Frage wird zu bejahen sein. Denn auch die l. 1 Dig. 27. 9 bezieht sich auf alle Kuratoren, also auch den curator hereditatis jacentis, wie sich aus der Vergleichung der l. 8 § 1, l. 4 Dig. 27. 9 mit l. 3 Dig. 27. 10 und der Ueberschrift des Titels 27. 10

---

1) des Erlasses vom 7. Mai 1883.

ergibt; s. auch die Ueberschrift der revidierten Vorschrift für Pfleger („Vormünder und Vermögensverwalter"). Hieraus folgt die Notwendigkeit der Zustimmung der waisengerichtlichen Deputation beziehungsweise, wenn die Worte des Abs. 3 „oder zwischen den Erben und Dritten" streng auszulegen wären, des Gemeinderats zu Veräußerungen von Liegenschaft und bedeutenderem beweglichem Vermögen durch den Kurator. Aber auch zur Veräußerung sonstigen Vermögens wird die Zustimmung der Teilungsbehörde erforderlich sein, da sie für Befriedigung der Gläubiger zu sorgen, also auch deren Interesse gegen den Kurator zu wahren hat. Das gerichtliche Erkenntnis über die Veräußerung hat nur der Gemeinderat und nicht die waisengerichtliche Deputation zu erteilen. A. 19 des Not. Ges. kommt nicht zur Anwendung. Bei verpfändeter Liegenschaft sind die Vorschriften des Pfand- und Pfandentwicklungsgesetzes einzuhalten. Die Verweisung des Erlöses einer verpfändeten Liegenschaft kommt regelmäßig nur der Unterpfandsbehörde zu. Wenn der Schuldner, hier also der Nachlaßverwalter, von seinem Veräußerungsrecht Gebrauch machen und eine öffentliche Versteigerung einleiten lassen will, so „hat das weitere Verfahren gemäß dem Exekutionsgesetze mit der in Art. 129. 131 ff. des Pfandgesetzes bezeichneten Wirkung statt" (A. 34 d. Pfandent.G.). „In diesem Falle tritt der gleiche Verkauf wie bei der Zwangsversteigerung ein" s. Boscher, Zeitschr. B. 27 v. 1885 S. 12 unten. Es wird daher auch A. 21 des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zur Anwendung zu kommen haben und in diesem Fall auch der Erlös durch die Zwangsvollstreckungsbehörde zu verweisen sein. Wenn den Gläubigern eine Frist gelassen werden muß, um ihre Rechte wahren und den Konkurs beantragen zu können, so folgt hieraus, daß auch mit der Veräußerung der Masse, Notfälle ausgenommen, nicht vorher begonnen werden kann.

Zu Ziffer 6. Die Anschauungen über die Frage, wie der Schuldenstand festzustellen sei, gehen weit auseinander. Zwei Notare hören den Schuldner selbst. Wie sie dies bewerkstelligen,

wird nicht angeführt. Der erste Erlaß des Landgerichts zu Tübingen hatte den Satz enthalten „den einzelnen Gläubigern steht unter einander ein Widerspruchsrecht nicht zu". Derselbe ist nun weggelassen.

Da ein anderes Organ nicht vorhanden und das in der Konkursordnung geordnete Verfahren nicht anwendbar ist, so kann die Feststellung der Forderung der Gläubiger nur durch den Kurator erfolgen. Bestreitet der Verwalter eine Forderung, so entspricht es den sonst geltenden Grundsätzen, daß der Gläubiger auf den Rechtsweg verwiesen, und ihm eine Frist zur Klagerhebung erteilt, auch sein Betreff zuzüglich der Kosten zurückbehalten wird. Will der Verwalter eine Forderung anerkennen, so wird nach den Bestimmungen der Tutelaratsordnung und der Kommunordnung und da es Aufgabe der Teilungsbehörde ist, für die Befriedigung der Gläubiger zu sorgen, nicht zu bestreiten sein, daß dieselbe befugt sein muß, einer unbegründeten Anerkennung des Verwalters die Zustimmung zu versagen und die Befriedigung dieses Gläubigers im Interesse der übrigen zu verhindern, wie sie auch die Masse gegen Handlungen des Benefizialerben und gegen Zahlungen desselben an Gläubiger zu sichern befugt ist s. Motive z. Ausfg. z. KonkursO. Neue Justizges.G. B. 6 S. 417.

Was das sog. Widerspruchsrecht eines andern Gläubigers betrifft, so kann über die Frage, ob ein Gläubiger durch eine Klage nach § 231 d. C.P.O. eine Entscheidung über die Nichtexistenz der Forderung eines andern Gläubigers herbeiführen kann, nur im Prozeßwege entschieden werden und es hat daher das Landgericht in Tübingen den betreffenden Satz mit Recht weggelassen. Im Teilungsverfahren kann es sich nur um die Frage handeln, ob der Verwalter auf einen solchen Widerspruch hin verpflichtet ist, die Befriedigung des Gläubigers, dessen Forderung bestritten wird, zu unterlassen. Dieß wird thatsächlich geschehen, wenn der Widerspruch begründet erscheint. Ein Recht darauf hat der widersprechende Gläubiger nicht, sowenig wie ein Gläubiger einen Schuldner hindern kann, einen andern Gläubiger zu befriedigen. Der betreffende Gläu-

biger kann durch einen Konkurseröffnungsantrag, durch Betreibung der Zwangsvollstreckung, oder einen Arrestantrag, wenn die Voraussetzungen vorliegen, seine Befriedigung sichern.

Zu Ziffer 7. Die Landgerichte sind darüber einverstanden, daß auch nachkommende Forderungen noch zu berücksichtigen sind, wie dies auch nach § 143 KonkO. im Konkursverfahren gilt. Die Richtigkeit dieser Annahme ist nicht zu bezweifeln.

Zu Ziffer 8. Bei Verteilung des Nachlasses haben einige Teilungsbehörden die Vorschriften der Konkursordnung angewendet, ein anderer Teil derselben hielt diese nicht für anwendbar. Nach Erscheinen der Aufsätze in der Zeitschrift f. freiw. Gerichtsb. B. 24 S. 2 und B. 25 S. 12 ff. folgte die Mehrzahl der Notare der letztern Anschauung; doch haben auch diese in thunlichster Weise für Anerkennung wenigstens des Vorzugs der Steuerforderungen gesorgt. Ein Amtsgericht dagegen hat berichtet, daß es darauf hinwirke, daß die öffentlichen Abgaben nur im Zwangsvollstreckungsverfahren des Gesetzes vom 18. Aug. 1879 einen Vorzug genießen.

Die Landgerichte haben sich dahin ausgesprochen, daß die Vorzugsrechte des § 54 der Konkursordnung in dem Auseinandersetzungsverfahren nicht zur Anwendung kommen. Ebenso ist die Mehrzahl derselben darüber einig, daß nur die Absonderungsrechte des § 41 Ziff. 1. 8. 9 der Konk.O. sowie etwaige Retentionsrechte berücksichtigt werden können.

Der Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten erörtert hinsichtlich der mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Erbschaften die Frage, nach welchen Normen die Teilungsbehörde die Verteilung des Nachlasses durchzuführen habe und kommt abgesehen von den §§ 35. 37. 39. 40. 43—45 d. Konk.O. zu dem Resultat, daß nach den Bestimmungen der CivilprozeßO. § 709. 710 den Vorzugsrechten des § 41 Konk.O. die Wirkung außerhalb des Konkurses gleich den Faustpfandrechten nicht versagt werden könne, zu vergl. Struckmann, Comm. zu § 709 und 710. Anders verhalte es sich bei den eigentlichen Vorzugsrechten, bei den bevorzugten

Ansprüchen der Konkursgläubiger des § 54 der KonkursO. Sie gelten nur im Konkurs, nicht aber außerhalb desselben, also auch nicht in dem Auseinandersetzungsverfahren des A. 9, wie sie auch unzweifelhaft nicht gelten in dem von der ReichscivilP.O. § 758—68 geregelten Verteilungsverfahren. Schon im Hinblick hierauf werde es die Landesgesetzgebung ablehnen müssen, den § 54 der Konk.O. sowie den A. 22 des Gesetzes über die Immobiliarexekution mit ihren Vorrechten auf die Verteilung des A. 9 für anwendbar zu erklären. Hiezu liege auch kein Bedürfnis vor. Jeder bevorzugte Gläubiger sei stets in der Lage, die Konkurseröffnung zu beantragen und so sein Vorzugsrecht sicher zu stellen.

Im Anschluß hieran sprechen sich die Kommentare von Stieglitz, S. 308; v. Sarwey 2. Aufl. B. 1. S. 404 Note a; Hohl S. 201; Breitling S. 271; Gaupp III S. 276. 257. 263, sowie die Aufsätze bei Boscher B. 24 S. 2 ff., B. 25 S. 12 gegen die Berücksichtigung des § 54 Konk.O. in dem Auseinandersetzungsverfahren aus. Bezüglich der Absonderungsrechte gehen dieselben davon aus, daß nur diejenigen zur Geltung kommen können, die schon nach bürgerlichem Recht den Pfandrechten gleichgestellt seien, also die Absonderungsrechte des § 41 Ziff. 1. 8. 9. Außerdem können auch die Retentionsrechte geltend gemacht werden.

Die Ansicht, daß die Ziff. 2—7 aufgeführten Absonderungsrechte auch außerhalb Konkurses durch das Reichsrecht den Pfandrechten gleichgestellt seien, hat Struckmann in den neuen Auflagen seines Commentars selbst nicht festgehalten s. Struckmann, Comm. 5. Aufl. S. 761. Hiezu Seuffert, Comm. S. 784; Seuffert, Archiv B. 37 S. 122.

Ob diese Ansichten sich rechtfertigen und demgemäß auf das Auseinandersetzungsverfahren bei erblosen Verlassenschaften übertragen lassen, wird zweifelhaft sein. Was zunächst

a) die Fälle des Erbschaftsantritts mit der Rechtswohlthat des Inventars betrifft, so hat die Anschauung der Kommission im Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Wie verteilt werden soll, ist in Art. 9 nicht gesagt. Die Berufung auf

die §§ 758—768 d. C.P.O. ist nicht zutreffend, denn hier handelt es sich um eine Verteilung, wenn eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen also eine Pfändung stattgefunden hat. Unter den Pfändungspfandrechten entscheidet nach § 709 Abs. 3 C.P.O. das Alter und die Vorzugsrechte des § 54 können deshalb überhaupt nicht in Frage kommen s. Gaupp III S. 383. 384; Struckmann zu § 760 Note 2. Auch die Bemerkung der Motive s. Justizges. B. 6 S. 415, „es müsse ein Verfahren gegeben sein, in welchem für gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger Vorkehr getroffen sei", kann zur Unterstützung der vorerwähnten Ansicht nicht herangezogen werden. Wie der Zusammenhang zeigt, wollen die Motive die neu getroffenen Bestimmungen rechtfertigen. Durch diese soll Vorkehr getroffen werden, daß der Passivstand mit Sicherheit ermittelt und für die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger gesorgt werde, sowie daß die Gläubiger gegen nachteilige Verfügungen der Erben ausreichend gesichert seien. Den ersten Zweck erfüllt der Gläubigeraufruf des A. 9; dem zweiten dient A. 23 des Ausf.Ges. zur CivilprozeßO., wornach während des Auseinandersetzungsverfahrens keine Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Gläubiger stattfinden sollen; der dritte Zweck wird durch A. 9 cit. Abs. 4 erreicht. Von der Art der Verteilung ist in den Entwürfen und den Motiven nicht die Rede. Es kann jene Bemerkung derselben daher auch darauf nicht bezogen werden. Weitere Gründe werden nicht angeführt. Der Schluß aber: die Vorzugsrechte des § 54 sind nur für den Konkurs gegeben, also dürfen sie außerhalb des Konkurses nicht angewendet werden, ist nicht zutreffend; vielmehr folgt daraus nur, daß die Berechtigung, die Vorzugsrechte der Konkursordnung auch außerhalb Konkurses anzuwenden, nicht auf die Vorschrift der Konkursordnung gestützt werden kann.

Dagegen sprechen sich die Motive l. c. S. 416 ausdrücklich dahin aus: „die bestehenden Grundsätze über das Verfahren bei cum benef. invent. angetretenen Erbschaften bedürfen einiger Nachhilfe durch das Gesetz". Das bestehende

Recht bleibt also vollständig unverändert und wird nur so weit nötig ergänzt. Von diesen Ergänzungen betrifft keine die Art der Verteilung. Es ist also auf das geltende Recht zurückzugehen.

Die Grundlage des Instituts des Erbschaftsantritts cum beneficio inventarii ist die l. 22 § 1—15 Cod. 6. 30. Hier ist und zwar für beide Fälle, mag der Nachlaß zureichend oder unzureichend sein, in § 4 und 6 vorgeschrieben, daß der Erbe, welcher mit der Rechtswohlthat des Inventars die Erbschaft angetreten und ein Inventar verfertigt habe, die Gläubiger befriedigen könne, wie sie kommen. Wenn nichts mehr übrig ist, werden die Nachkommenden zurückgewiesen und haben an den Erben keinen Anspruch mehr. Jedoch sollen diejenigen Gläubiger, welche vorgehende Hypotheken haben, gegen die nachgehenden Gläubiger mit der hypothekarischen Klage oder der condictio ex lege auftreten und ihnen wegnehmen können, was sie erhalten haben. Ueber die gesetzlichen Pfandrechte s. Windscheid B. I S. 231. 232. An Stelle dieser Verteilung durch den Erben und die Revokationsklagen ist durch Gewohnheitsrecht und partikularrechtlich ein Ediktalverfahren durch die Behörde getreten s. Boscher, Zeitschr. B. 9 S. 258; Landrecht III tit. 22 § 4. Ergab sich eine Ueberschuldung, so wurden die Akten dem Gantgericht von Amtswegen vorgelegt, welches den Gant erkannte. In diesem Verfahren kamen die gesetzlichen Vorzugsrechte zur Geltung. Ergab sich keine Ueberschuldung und war der Nachlaß zureichend, so war die Frage der Vorzugsrechte unpraktisch, s. Weishaar, württ. Priv.R. B. II S. 391. 392 § 909; Griesinger B. 6 S. 518. Deshalb fehlt es an späteren Vorschriften, wie zu verteilen sei, wenn ein unzureichender Nachlaß außerhalb Konkurses zur Verteilung zu kommen hat. Es ist daher, wenn nun ein solcher Fall vorkommen kann, auf die l. 22 Cod. cit. als das geltende Recht zurückzugehen. Es bestehen hierüber zweierlei Ansichten. Entweder hat die Verteilung dem Sinne und Geist des Gesetzes gemäß unter Berücksichtigung der Vorzugsrechte der Gläubiger zu erfolgen. In dieser Weise spricht sich Windscheid aus,

Pand. B. 3 S. 232 Note 11: „Was das Verhältnis der Gläubiger unter sich angeht, so zieht Justinians Gesetz ausdrücklich nur die vorstehenden Pfandgläubiger den übrigen Gläubigern vor; aber es ist offenbar in seinem Sinn, daß auch die privilegierten chirographarischen Gläubiger das Recht haben sollen, von den gewöhnlichen chirographarischen Gläubigern das ihnen gezahlte zurückzufordern. Aehnlich: Puchta, Vorlesungen § 508 Ziff. 3; Sintenis, Pand. III S. 507 Note 18, s. auch S. 506 Note 15. Wenn man sich aber an den Wortlaut des Gesetzes hält, s. Seuff. Pandekten B. III S. 241 Note 14; Brinz, Pand. S. 24. 212; Glück, Pand. B. 41 S. 367—371, so führt auch dies nicht zu einer mathematisch gleichen Verteilung unter die Gläubiger. Nach § 4 cit. kann der Erbe zahlen, wie die Gläubiger kommen und ein nicht privilegierter Gläubiger hat gegen einen gleichstehenden keine Klage. Es ist also gerade das Prinzip gleichmäßiger Verteilung verneint und eine mathematisch gleiche Verteilung hat jedenfalls keinen Boden im Gesetz.

b. Das gleiche Resultat ergibt sich für den Fall, wenn die Erbschaft ausgeschlagen wird.

Wie in den Motiven zur Konkursordnung mehrfach anerkannt ist, besteht außerhalb des Konkurses eine par conditio creditorum nicht; außerhalb Konkurses gibt es kein Recht auf gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger, sonst könnte ein Gläubiger, welcher keine Befriedigung erlangen kann, schon auf diese Thatsache hin von einem befriedigten seinen Anteil verlangen. Solange der Konkursanspruch noch nicht entstanden ist, kann der Schuldner über sein Vermögen verfügen und zahlen wie er will, vorbehältlich der Grundsätze über die Anfechtung von Rechtshandlungen. Es sprechen auch die Rechtslehrer, welche in Sarwey, Archiv B. II S. 470 angeführt werden, sämtlich von dem Fall des Konkurses. Wenn der Schuldner beziehungsweise dessen Vertreter zahlen kann, wie er will, so kann er auch unter Beachtung der Grundsätze der Konkursordnung zahlen.

Die Konkursordnung bezeichnet als die Voraussetzung der Konkurseröffnung und als Grundlage des Konkursanspruchs

die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und die Vermögensunzulänglichkeit des Nachlasses. Erst damit entsteht die par conditio creditorum. Dieser Konkursanspruch, das Recht aller Konkursgläubiger auf gleichmäßige und gemeinschaftliche Verteilung des ganzen Vermögens, ist jedoch wieder nicht ein Recht auf vollständig gleiche Teilung des Vermögens, sondern ein Anspruch auf Verteilung nach der Rangordnung der Konkursordnung. Die Gläubiger haben also weder nach den im Konkurs noch nach den außerhalb desselben geltenden Grundsätzen ein Recht auf gleiche Befriedigung nach der Größe ihrer Forderung.

Ist es Aufgabe der Teilungsbehörden, Streitigkeiten zu verhüten, so geschieht dies am besten dadurch, daß sie die Verteilung nach den Grundsätzen der Konkursordnung vornehmen. Andernfalls zwingen sie die bevorzugten Gläubiger, zum Nachteil der übrigen, die Eröffnung des Konkurses beantragen zu müssen. Ebenso kann eine Anfechtung der Rechtshandlungen des Nachlaßkurators, s. Cossak, Anfechtung S. 97; Stieglitz, KonkO. S. 182 I 2. Abs.; Gruchot B. 29 S. 423, dann nicht erfolgen, wenn eine Verteilung nach der Rangordnung der Konkursordnung stattgefunden hat. Durch eine Anfechtung im Konkurs wird ein anderes Ergebnis nicht erreicht. Bei einer Anfechtung außerhalb Konkurses aber in Gemäßheit des § 3 Ziff. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 hat der bevorzugte Gläubiger eine Einwendung aus seinem besseren Recht gegen die Anfechtung eines nicht bevorzugten.

Entscheidung des Oberlandesgerichts in Sachen der Aktienbrauerei L. c. B. vom 21. April 1882.

Es ist Sache desjenigen Gläubigers, welcher mit der vom Kurator beabsichtigten Verteilung nicht einverstanden ist, die erforderlichen Schritte dagegen zu thun, indem er den Konkurs beantragt oder die Zwangsvollstreckung betreibt, was ihm jederzeit freisteht, wie er dies auch gegenüber von Zahlungen oder sonstigen Rechtshandlungen anderer Schuldner zu thun hat.

Es kann nicht eingewendet werden, es könne die Entschei-

dung, ob ein Vorzugsrecht begründet sei, nicht der Teilungsbehörde und einem außergerichtlichen Verfahren überlassen bleiben. Denn es hat der Verwalter (bezw. die Teilungsbehörde) auch darüber zu entscheiden, ob er die Forderung überhaupt anerkennen will; sodann aber sind die Vertreter der gegenteiligen Ansicht darüber einig, daß wenigstens die Absonderungsrechte des § 41 Ziff. 1. 8. 9 zu berücksichtigen seien.

Auch die praktischen Konsequenzen der in dem Kommissionsbericht vertretenen Anschauung führen zu keinem befriedigenden Ergebnis. Es bemerkt die Kommission zwar auch hier, es liege kaum ein Bedürfnis vor, den § 54 der Konk.O und den A. 22 des Gesetzes über Immobiliarexekution auf die Verteilungen des A. 9 für anwendbar zu erklären. Jeder bevorzugte Gläubiger sei in der Lage, die Konkurseröffnung zu beantragen und so sein Recht zu wahren.

Allein dies trifft da nicht zu, wo eine die Kosten deckende Masse nicht vorhanden ist. In diesen Fällen wird den Bevorrechteten ihr Vorzugsrecht auch nicht freiwillig zugestanden. Und auch da, wo die Masse die Kosten des Konkurses deckt, wird in den meisten Fällen der Konkurs nicht beantragt, denn bei dem Vorrecht der Liedlöhne, Steuern, Aerzte und Apotheker handelt es sich in der Regel um kleinere Summen. Wegen dieser wollen die Beteiligten der damit verbundenen Mühe und der Kosten halber den Konkurs nicht beantragen, auch haben dieselben zu befürchten, daß die Kosten des Konkurses die Masse absorbieren und sie so nichts erhalten. In dieser Weise kommen diese bevorzugten Gläubiger gegen die Absicht des Gesetzes um ihr Vorzugsrecht. Die Teilungsbehörden versuchen zwar, auf gütlichem Wege die Gläubiger zur Anerkennung der Vorzugsrechte zu bewegen und nach den Berichten gelinge dies auch öfter, weil das Publikum an diese Vorrechte gewöhnt sei und sie als berechtigt ansehe. Allein wenn nur e i n Gläubiger nicht einwilligt, so führen diese Verhandlungen zu keinem Ziel und es wird diese Lage auch von unbevorzugten Gläubigern benützt, um ihre volle Befrie-

digung zu erzwingen. Was insbesondere die Steuern betrifft, so könnte, da es sich bei der Veräußerung der Liegenschaft um keine Zwangsvollstreckung handelt, auch der Art. 22 des Gesetzes v. 18. Aug. 1879 über Immobiliarexekution nicht zur Anwendung gebracht werden. Es müßten also auch die Steuern und Brandschadensbeiträge samt Rückständen nur pro rata befriedigt werden, s. Boscher B. 24 S. 12. B. 25 S. 12. Es haben sich daher mehrfach die Teilungsbehörden veranlaßt gesehen, das Vorzugsrecht der Steuern durch den Verwalter oder die erschienenen Gläubiger anerkennen zu lassen, wogegen für die Forderungen der Aerzte und Apotheker und die Liedlöhne nicht in gleicher Weise gesorgt wird, was nicht gerechtfertigt erscheint.

Ueberwiegend ist daher von Notaren und Amtsgerichten der Ansicht Ausdruck gegeben worden, wie wünschenswert es wäre, wenn die Vorrechte der Konkursordnung zur Anwendung gebracht werden könnten. Verständigungen scheitern häufig an dem Eigenwillen eines Gläubigers, der sich wohl besinnen würde, selbst den Konkurs zu beantragen. Das Publikum sei so ziemlich allgemein der Ueberzeugung, es werden alle im Konkurs geltenden Rechte auch im Auseinandersetzungsverfahren berücksichtigt. Dasselbe begreife es nicht, warum die Vorzugsrechte der Gläubiger, welche das Gesetz begünstigen wolle, bei den Amtsgerichten gelten sollen, bei den Teilungsbehörden aber nicht. Die Praxis müsse notwendig einen Weg finden, um die Vorzugsrechte des § 54 zur Anwendung bringen zu können, denn es wäre sehr bedauerlich, wenn der Nachlaß durch die Kosten des Konkurses häufig aufgezehrt würde. Auch das Landgericht zu Ulm bemerkt, es sei nicht zu verkennen, daß die verschiedene Behandlung der Gläubiger, je nachdem über eine überschuldete Verlassenschaft der Konkurs eröffnet werde oder nicht, eines innern Grundes entbehre.

Demgemäß haben auch eine Reihe von Gesetzgebungen die Absonderungsrechte des § 41 und die Vorzugsrechte des § 54 auf außergerichtliche Verteilungen für anwendbar erklärt, wofür auf die Sammlung der Ausführungsgesetze zur Civil-

prozeß- und Konkursordnung von Wilmowski verwiesen werden kann. Für das preußische Recht s. Märker, die Nachlaßbehandlung für das preußische Rechtsgebiet S. 3 Note 2. S. 32. 134. 135, Dernburg, preuß. Privatr. B. III S. 269. 263. 647. 652; und für Oestreich: Unger, östr. Erbrecht, B. 6 des Privatrechts S. 28. 178. 384.

V.

Alternative Obligation. Uebergang des dem Gläubiger diesfalls zustehenden Wahlrechts auf den Schuldner wegen Verzugs des ersteren in Ausübung des Wahlrechts.

Mitgeteilt von

O.L.G.Rat Stahl in Stuttgart.

In der Rechtssache B., Kläger, gegen Schl., Beklagten, Kaufforderung betreff., die schließlich durch Vergleich erledigt worden ist, hat sich das Landgericht Rottweil durch eidbedingte Entscheidung vom 5. Juni 1886 in beiden obigen Beziehungen folgendermaßen ausgesprochen:

I. Anbelangend die Uebereinstimmung betreffs der Ware, so ist auch diese vorhanden, indem ein bestimmtes Quantum Mehl bestellt wurde, nur daß die Wahl unter den Mehlsorten der Beklagte, der Gläubiger der Mehlforderung, haben sollte; dies ist aber nichts anderes, als eine auf die Wahl des Gläubigers gestellte alternative Obligation, die als solche durchaus perfekt ist, und zwar hatte der Beklagte die Wahl, von einer der verschiedenen Mehlnummern (0—5) oder von einem Teile dieser Nummern oder von allen Nummern zusammen in einer mathematisch überhaupt möglichen Anzahl von Kombinationen dies ausgemachte Quantum Mehl geliefert zu ver-

langen; die Zahl der Leistungsinhalte, unter denen die Wahl freistehen soll, kann aber bekanntlich auch größer als zwei sein, Windscheid, Pand. II § 255 not. 2, und ist noch darauf hinzuweisen, daß in den Entscheidungen des R.O.H.Gs. 16 S. 204 f. und des Reichsgerichts 10 S. 95 f. ein ganz ähnlicher Fall (Verkauf einer Quantität Waren nach einem Grundpreise mit der Bestimmung, daß der Käufer die Formen und Dimensionen der zu liefernden Ware nach einer vorliegenden Ueberpreisskala zu bestimmen (spezifizieren) habe mit einer gleichfalls reichen Anzahl von Kombinationen) als durchaus perfekter Kaufvertrag erklärt worden ist [1]).

II. Der Kläger, welcher die — wie er sagt — feste Bestellung am 20. November v. J. erhalten hat, und zwar auf Ende Januar oder Anfang Februar d. J., hat am 14. Januar den Beklagten aufgefordert, die Sortierung nunmehr zu bestimmen, und hat, als der Beklagte diese Sortierung nicht vornahm, ihm am 25. Januar 10 Säcke von Nr. 1 und 10 Säcke von Nr. 3 zugesandt; er verlangt hiefür den laufenden, eventuell vereinbarten Preis von 29 M. 25 Pf. und 25 M. 25 Pf. pro Sack, also zusammen 545 M. samt Prozeßzinsen. Mit dem Herannahen der verabredeten Lieferungszeit war der Kläger unzweifelhaft berechtigt, von dem Beklagten die Bestimmung der Mehlsorten zu verlangen; der Beklagte befand sich daher im Verzug, indem er auch bis zum 25. Januar diese Sortierung noch nicht vorgenommen hatte, und erhebt sich nunmehr vor Allem die weitere Frage, ob durch den Verzug des wahlberechtigten Beklagten das Wahlrecht auf den Kläger, den Schuldner des Mehls, übergegangen war, ob er also zu der getroffenen Auswahl und damit zu der geltend gemachten Kaufpreisforderung berechtigt erscheine?

Wenn der Schuldner der Leistung wahlberechtigt und im Verzuge bei Ausübung seines Wahlrechtes ist, so nehmen viele Schriftsteller an, daß durch den Verzug an sich der Schuldner sein Wahlrecht nicht verliere, sondern erst dann,

1) Römer, Abhandlungen I S. 132 flgde.

wenn er auch der Exekution gegenüber hartnäckig bleibe [1]), und dieser Ansicht hat sich das Reichsgericht (Entsch. Bd. 12 N. 46) angeschlossen, allein andre namhafte Schriftsteller lassen durch den Verzug des Schuldners dessen Wahlrecht auf den Gläubiger übergehen [2]), und für diese Ansicht dürften überwiegende Gründe sprechen, denn während ihr § 33 Inst. 4, 6 nicht entgegen steht, sofern eine Klage auch ohne Verzug des Schuldners angestellt werden kann, läßt sie sich unmittelbar auf l. 2 § 3 D. 13, 4 stützen, welche augenscheinlich einen Verzug des Schuldners voraussetzt, und sodann insbesondere auf l. 11 § 1 D. de legat. II, welche Stelle für den Fall, daß der Schuldner die ihm für die Ausübung des Wahlrechts von dem Testator gesetzte Frist versäumt, das Wahlrecht auf den Gläubiger, den legatarius, übergehen läßt, während kein innerer Grund vorliegt, es anders zu halten, wenn der Schuldner durch Mahnung, anstatt durch Verstreichenlassen des gesetzten Termins in Verzug gesetzt worden ist. Von Bedeutung ist es auch, daß die Gegner [3]) keine Gesetzesstelle dafür anzuführen wissen, daß das Wahlrecht erst, aber auch allerdings dann den Gläubigern zufalle, wenn es der Schuldner zur Exekution kommen lasse; diese Konzession wurde aber in dem Gefühl der Notwendigkeit gemacht, endlich einmal gegenüber dem fortdauernden Zögern des Schuldners dem Gläubiger zur Verwirklichung seines Rechtes zu verhelfen, und dabei ist es noch ungewiß und streitig, ob das Wahlrecht erst dann auf den Gläubiger übergehen soll, wenn die für die Erzwingung einer Handlung (Ausübung des Wahlrechts) statthaften Exekutionsmittel (Geldstrafe und Haft, § 774 der C.P.O.) zuvor fruchtlos angewandt worden, oder schon dann, wenn nach Rechtskraft des auf die Ausübung des Wahlrechts und demgemäß ge-

1) Windscheid, l. c. § 255 not. 11 und die dort citierten; auch Wächter, Pand. II S. 282.

2) Glück IV S. 417; Schweppe, Lehrbuch § 379; Zimmermann im civilist. Archiv I S. 326 f.

3) Windscheid, l. c. § 255; Wächter, Erörterungen III S. 118. Anm. 64; R.G. Band 12 Nr. 46.

schehene Zahlung ergangenen Urteils der Schuldner trotz einer ihm, sei es seitens des Gerichts, sei es seitens des Gläubigers gewordenen Aufforderung, dem Urteil nachzukommen, dennoch auch jetzt das Wahlrecht nicht ausübt [1]).

Schon an und für sich aber erscheint es naturgemäß, schon mit dem Zeitpunkt des Verzugs, der ja auch sonstige Vermögensnachteile im Gefolge hat, das Wahlrecht auf den Gläubiger übergehen zu lassen, anstatt den späteren, zudem in seiner näheren Bestimmung bestrittenen Zeitpunkt der bevorstehenden oder fruchtlos durchgeführten Exekution als maßgebend zu erklären, und es sprechen hiefür auch entschieden die Rücksichten der Einfachheit und Billigkeit, da sonst der Gläubiger nur nach langer Zeit und nach Erstreitung von zwei Urteilen zu seinem Rechte gelangen könnte. Wenn aber hienach das Wahlrecht des Schuldners durch dessen Verzug in Ausübung seines Wahlrechts auf den Gläubiger übergeht, und für diesen Uebergang nicht bloß positiv gesetzliche Bestimmungen, sondern auch wichtige innere Gründe angeführt werden können, so ist man schon nach den Gründen der Analogie berechtigt, auch im Fall des Verzugs des wahlberechtigten Gläubigers die Wahl auf den Schuldner übergehen zu lassen.

Wollte man aber auch der Ansicht sein, daß erst, wenn es zur Exekution gekommen, der Schuldner sein Wahlrecht zu gunsten des Gläubigers verliere, so wäre daraus noch nicht der von Windscheid in der neuesten Auflage der Pandekten, II § 346 Anm. 10 gezogene Schluß gerechtfertigt, daß es in gleicher Weise auch beim Verzuge des Gläubigers zu halten sei.

Denn schon die hervorgehobenen inneren Gründe der Natur der Sache, der Einfachheit und der billigen Rücksicht auf die Interessen des Gegners gegenüber dem renitenten Wahlberechtigten verbieten jenen Schluß und sprechen umgekehrt auf das dringendste dafür, daß schon mit dem Verzuge

1) S. die eben Citierten und R.G. Band 8. S. 354.

des Gläubigers das Wahlrecht auf den Schuldner übergehe. — Das positive Recht spricht sich über diese Frage bloß dahin aus, daß dem Schuldner das Recht eingeräumt sei, durch das Gericht dem Gläubiger eine Frist für die Ausübung seines Wahlrechts setzen zu lassen, deren Nichtbeachtung für den Gläubiger den völligen Verlust der aus der Obligation ihm zustehenden Rechte zur Folge haben soll, falls nicht mehr res integra sei, d. h. falls schon Dispositionen über Gegenstände, auf welche die Obligation sich bezieht, vom Schuldner getroffen sind [1]), allein diese Bestimmung ist für gegenwärtigen Fall gar nicht anwendbar, wo es sich nicht um ein einseitiges Forderungsrecht des wahlberechtigten Gläubigers, sondern um ein zweiseitiges Vertragsverhältnis der Partien handelt, wo der Beklagte die ihm gebührende Leistung (Mehl) gar nicht will, also auch nicht mit ihrem Verluste bestraft werden kann, vielmehr der Kläger, der Schuldner des Mehls, als Gläubiger des Kaufpreises auftritt, und die Wahl hinsichtlich der Mehlsorten vorgenommen werden muß, um den dem Kläger zukommenden Kaufpreis ermitteln zu können; auch ist man nicht berechtigt zu sagen: der Beklagte, der durch seinen Verzug die ihm zukommende Mehlforderung verwirkt habe, sei jetzt nichts desto weniger verpflichtet, den Kaufpreis dafür zu zahlen, denn soweit geht das Recht nicht, daß es als Strafe des Verzugs einen positiven Schaden am seitherigen Vermögen festsetzte, die Folge desselben soll nur eine Verhinderung des Vermögenszuwachses sein; der Kläger will auch nicht, daß der Beklagte eine Einbuße an seinem seitherigen Vermögen erleide, indem er ja fortwährend bereit ist, dem Beklagten das Mehl gegen den verabredeten Kaufpreis zu liefern und endlich wäre damit auch der Weg gar nicht gezeigt, auf dem man zur Bestimmung des Kaufpreises gelangen könnte. Das positive Recht enthält also eine für gegenwärtigen Fall anwendbare Bestimmung allerdings nicht, aber den Schluß kann man allerdings daraus ziehen, daß wenn im Fall des Verzugs des

1) l. 6. 7. 8 pr. D. 33, 5, Mommsen mora S. 153.

wahlberechtigten Gläubigers, dem eine einseitige Forderung zusteht, unter Umständen das letztere sogar verwirkt wird, um so mehr es dem hier strengeren Geiste des Römischen Rechts entspricht, dem Gläubiger schon mit dem Verzuge, und nicht erst mit Beginn der Exekution das Wahlrecht zu nehmen, und es auf den Schuldner der betreffenden Leistung zu übertragen. —

Wächter in seinen Erörterungen III S. 116 Anm. 58a läßt allerdings, wenn dem wahlberechtigten Gläubiger ein Termin für die Ausübung seines Wahlrechtes von Anfang an gesetzt ist, das Wahlrecht bei fruchtlosem Ablauf desselben auf den Schuldner übergehen, und ist wohl der entgegengesetzten Ansicht für den Fall, wenn es an einer Terminsbestimmung fehlte (unmittelbar sagt er dies freilich nicht, denn das S. 117 am Schlusse von a gesagte behandelt den ganz verschiedenen Fall, ob der Gläubiger, der die ihm zukommende Leistung, hinsichtlich deren er wahlberechtigt ist, im Wege der Klage geltend macht, sich schon in der Klage, bez. bei der litis-contestatio bindend für die eine oder andere Leistung erklären müsse, oder ob er alternativ klagen, und seine Wahl auf den Zeitpunkt der Exekution verschieben könne), allein es ist schon oben bemerkt worden, daß wenn einmal bei fruchtlosem Verstreichen des Termins der Uebergang des Wahlrechts auf den Schuldner angenommen wird, kein Grund vorliegt, diesen Uebergang zu versagen, wenn der Gläubiger vergeblich an die Ausübung des Wahlrechts gemahnt wurde, in beiden Fällen liegt eben ein Verzug vor. — Endlich aber kann sich für die hier vertretene Ansicht unmittelbar auf das Reichsgericht berufen werden: Schon in den Entscheidungen des R.O.H.G. (Band 16 S. 204) ist ein mit dem gegenwärtigen ganz ähnlicher Fall, wie oben bemerkt, behandelt, und zunächst ausgesprochen, daß der Kaufvertrag als ein perfekter sich darstelle; die Klage gegen den Käufer war allerdings dahin gerichtet, daß letzterer die Spezifikation vorzunehmen d. h. das ihm zustehende Wahlrecht auszuüben, und den sich nach der Spezifikation ergebenden Kaufpreis zu zahlen habe, und das Gericht hatte demgemäß

erkannt, indem es in den Gründen bemerkte, eine derartige Klage sei allerdings zulässig, und auch von praktischem Erfolg, da bei fortgesetzter Weigerung des Beklagten, die Spezifizierung vorzunehmen, gegen ihn mit Zwangsmitteln vorgegangen werden könne, und äußersten Falls dem Kläger das Recht verbleibe, Schadensersatz wegen der nicht geleisteten Handlung zu fordern; allein diese Entscheidung steht keinesfalls der hier vertretenen Auffassung entgegen, da der Verkäufer, wenn er nicht das auf ihn übergegangene Wahlrecht selbst ausüben will, unzweifelhaft auch berechtigt ist, zunächst auf Vornahme der Wahl gegen den Käufer zu klagen, und das R.O.H.G. mit keiner Silbe sagt, daß er so klagen müsse, vielmehr die Frage, ob er nicht auch berechtigt gewesen sei, das Wahlrecht selbst auszuüben, überhaupt unerwähnt gelassen hat, wie es denn auch durch das Klagegesuch gar nicht veranlaßt war, sich hierüber auszusprechen. In den reichsgerichtlichen Entscheidungen [1]) sodann aber ist bezüglich eines ganz ähnlichen Falles, wie der vorher erwähnte, ausgesprochen, daß wenn der Käufer die ihm obliegende Spezifikation nicht vorgenommen habe, der Verkäufer berechtigt sei, einen Selbsthilfeverkauf vorzunehmen, und die hienach sich ergebende Differenz zwischen dem Verkaufspreise und dem Erlös aus dem Selbsthilfeverkauf gegen den im Verzuge befindlichen Käufer geltend zu machen; da aber der Selbsthilfeverkauf notwendig voraussetzt, daß der Käufer des Selbsthilfeverkaufs die Spezifikation vorgenommen hat, wie denn auch S. 100 l. c. ausdrücklich gesagt ist, „Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs sei, wie der des ursprünglichen Verkaufs, ein bestimmter Stoff in einer Form, deren Bestimmung dem jedesmaligen Käufer für seine Person und in seinem eigenen Interesse zustehe", so muß nach dieser Entscheidung um so mehr dem Verkäufer des ursprünglichen Vertrags das Recht der Spezifikation beim Verzug des Käufers zustehen, da seine Rechte nicht geringer sein können,

1) Bd. 10 S. 95 (siehe auch R.O.H.Gerichts-Entscheidungen 15 Nr. 45 und Seuffert's Archiv Bd. 33 Nr. 256).

als die des Käufers des Selbsthilfeverkaufs, und er im Falle des Verzugs des Käufers mit der Zahlung des Kaufpreises nach Art. 354 des H.G.Bch. in erster Linie Erfüllung des Vertrags zu verlangen berechtigt ist, diese Erfüllung aber vorgängige Spezifikation der Ware durch ihn statt des renitenden Käufers voraussetzt.

Hienach muß der Kläger, die Wahrheit seiner Geschäftserzählung vorausgesetzt, zur Forderung des eingeklagten Kaufpreises für 10 Säcke à 29 M. 25 Pf. für 10 à 25 M. 25 Pf. berechtigt erscheinen.

VI.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

14.

Erlischt das durch die Anmeldung des Warenzeichens erlangte Recht, wenn die Aenderung der Firma, für welche dasselbe angemeldet worden ist, und die Beibehaltung des Zeichens für die geänderte Firma nicht angemeldet wird? Wie lange kann diese Anmeldung nachgeholt werden?

Finden die auf die Eintragung der Firmen im Handelsregister sich beziehenden Bestimmungen des Markenschutzgesetzes Anwendung auf die Warenzeichen von Gewerbtreibenden, welche im Inlande eine Handelsniederlassung nicht besitzen?

Markenschutzgesetz §§ 5 Z. 1), 12 Z. 2), 20.

Vorstehende Fragen wurden von dem Oberlandesgericht, wie folgt, beantwortet:

Der nach dem Markenschutzgesetz (zu vergl. die §§ 1, 4, 5, 8, 11 und 12 und die Motive zu den §§ 5 und 8) geltende Grundsatz der Nichtübertragbarkeit des für eine Firma angemeldeten Warenzeichens auf eine andere Firma erleidet insofern eine Einschränkung, als nach § 5 Z. 2) und § 12 Z. 2) jenes Gesetzes eine geänderte Firma das für dieselbe vor Eintritt der Aenderung eingetragene Warenzeichen beibe-

halten kann. Die Löschung des Warenzeichens von Amts wegen und das Erlöschen des durch die Anmeldung desselben erlangten Rechts erfolgt nämlich nach diesen Gesetzesstellen nur dann, wenn die Aenderung der Firma und nicht zugleich die Beibehaltung des Zeichens angemeldet wird [1]), und zwar, weil, wie die Motive zu § 5 bemerken, in diesem Fall der Verzicht auf das Zeichen nach dem Willen des Gesetzes zu unterstellen ist. Unterbleibt daher die Anmeldung der Aenderung der Firma zum Handelsregister, so kann, da diese Aenderung nicht von Amts wegen, sondern nur auf die gemäß Art. 25 des H.G.B. vorgeschriebene Anmeldung der Aenderung im Handelsregister eingetragen wird, zu welcher Anmeldung das Handelsgericht nach Art. 25 des H.G.B. die Beteiligten durch Ordnungsstrafen anzuhalten hat, das für die frühere Firma angemeldete Warenzeichen weder von Amts wegen gelöscht werden, noch erlöschen [2]). Allerdings kann der Klage des Inhabers der geänderten Firma, wenn die Aenderung der Firma und die Beibehaltung des Zeichens für dieselbe nicht angemeldet wird, auf Schutz des letztern nach Maßgabe der erwähnten Bestimmungen des Markenschutzgesetzes die Einwendung entgegengehalten werden, daß jener Inhaber nicht im Handelsregister unter Beibehaltung des Warenzeichens für die geänderte Firma eingetragen und daher zu jener Klage nicht legitimiert sei. Allein diese Einwendung ist nur insolange begründet, als jene Anmeldung der Aenderung der Firma und der Beibehaltung des Warenzeichens nicht erfolgt ist. Wird daher die fragliche Anmeldung vorgenommen, was, da das Gesetz hiefür keine bestimmte Zeit vorschreibt, so lange geschehen kann, als das betreffende Warenzeichen nicht von Amts wegen gelöscht oder nicht erloschen ist, so hat der Inhaber der geänderten Firma Anspruch auf Schutz des für die frühere Firma eingetragenen und von ihm beibehaltenen Zeichens mit Wirkung von der Zeit der Anmeldung des letztern durch den Inhaber der frühe-

1) Entsch. des R.G. XI, 141 f.

2) Kohler, Recht des Markenschutzes S. 300 f.

ren Firma [1]). Denn in dieser Wirkung besteht gerade die Beibehaltung des für eine Firma eingetragenen Warenzeichens durch die geänderte Firma im Gegensatz zu der neuen Anmeldung des Zeichens, welche erst vom Zeitpunkt dieser Anmeldung Rechte für die anmeldende Firma erzeugt.

Uebrigens findet die Vorschrift des Markenschutzgesetzes, daß nur der Inhaber einer im Handelsregister eingetragenen Firma Anspruch auf Schutz seines Warenzeichens habe, auf die in § 20 jenes Gesetzes erwähnten Warenzeichen keine Anwendung. Zwar sollen für die letztern die Bestimmungen des genannten Gesetzes maßgebend und hienach die ausländischen Warenzeichen bezüglich ihres Schutzes den inländischen gleichgestellt sein. Allein auf der andern Seite verleiht das Gesetz in § 20 den ausländischen Warenzeichen schon dann seinen Schutz, wenn dieselben neben der in Z. 1) des § 20 vorgeschriebenen Anmeldung Schutz in ihrem Heimatstaat genießen. Hieraus folgt, daß solche Vorschriften des Markenschutzgesetzes, welche nur auf den besondern im Deutschen Reich geltenden Einrichtungen beruhen, und welche daher nicht ohne weiteres von den Inhabern ausländischer Warenzeichen beobachtet werden können, auf letztere nicht anwendbar sind. Zu diesen Vorschriften gehört aber unzweifelhaft die der Eintragung einer Firma im Handelsregister, unter welchem eben das Handelsregister eines dem Deutschen Reich angehörenden Staats zu verstehen ist. Andernfalls käme man zu dem vom Gesetzgeber bei Erlassung des § 20, durch welchen ein internationaler Markenschutz geschaffen werden soll, sicherlich nicht gewollten Ergebnis, daß die Inhaber ausländischer Warenzeichen, deren Heimatstaat die Eintragung einer Firma im Handelsregister nicht vorschreibt, in Deutschland keinen Schutz für ihre Warenzeichen erlangen können, ungeachtet dieselben nach dem Gesetz des Heimatstaats geschützt sind [2]). Sind aber diejenigen Be-

1) Kohler a. a. O. S. 244.

2) Kohler a. a. O. S. 435 f. (zu vergl. auch die das. S. 532 ff. angeführte Entsch. des A.G. Leipzig vom 16. April 1878); Endemann, Markenschutz S. 95; Meves, Markenschutzges. S. 84; Urteil des O.Tr.

stimmungen des Markenschutzgesetzes, welche sich auf die Eintragung der Firmen im Handelsregister beziehen, auf diejenigen Gewerbetreibenden, welche im Ausland ihre Handelsniederlassung haben, nicht anzuwenden, so können auch bei deren Warenzeichen diejenigen Löschungs- und Erlöschungsgründe des Markenschutzgesetzes, welche mit jener Eintragung zusammenhängen, nicht zutreffen, vielmehr genießen gedachte Warenzeichen insolange, als dieselben in dem Heimatstaat der erwähnten Gewerbetreibenden geschützt sind, nach § 20 Z. 3) des Markenschutzgesetzes auch den Schutz des letztern. Daher erlöscht insbesondere das Zeichenrecht eines Ausländers nicht ohne weiteres im Fall des Eintritts eines des in § 5 Z. 1) und 2) bezeichneten Fälle nach Maßgabe des § 12 Z. 2) [1]). Vielmehr bleibt das nach § 20 geschützte Warenzeichen der Firma eines Gewerbetreibenden, welcher im Ausland seine Handelsniederlassung hat, auch im Fall einer Aenderung der Firma und Beibehaltung des Zeichens ohne Anmeldung dieser Aenderung und Beibehaltung in Deutschland geschützt, vorausgesetzt nur, daß der Schutz des Zeichens für die geänderte Firma auch in deren Heimatstaat fortdauert. Allerdings ist der Inhaber der geänderten Firma an die bei der Anmeldung des Warenzeichens bei dem Handelsgericht Leipzig gemäß § 20 Z. 1) seiner Zeit abgegebene Erklärung gebunden. Würde man aber auch die Anmeldung der Beibehaltung des Zeichens für die geänderte Firma bei dem Handelsgericht Leipzig verlangen, so könnte doch diese Anmeldung dem oben Bemerkten zufolge jederzeit mit der Wirkung geschehen, daß der seitherige Schutz des für die frühere Firma angemeldeten Zeichens auch für die geänderte Firma fortdauert.

Urteil des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 10. März 1887

Berlin vom 26. Juni 1878 bei Oppenhof, Rechtspr. XIX, 334 f.; Entsch. des R.G. in Strafsachen XIV, 64 f., vergl. auch das. S. 234 ff.

1) Kohler a. a. O. S. 443, 471; Entsch. des R.G. in Strafsachen a. a. O. S. 66.

in Sachen L. Viarmé, Frings u. Cie. gegen Mechanische Zwirnerei Heilbronn.

15.

Ist ein obligatorisch Berechtigter zur Anstellung der Aquilischen Klage legitimiert?

Der Telegraphenbote W. war bei einem dienstlichen, zur Bestellung eines Telegramms gemachten Gange über einen Werkplatz von einem dort angebundenen Hunde unter Umständen, welche dessen Besitzer für die Folgen der hiedurch verursachten Verletzung nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes ersatzpflichtig machten, gebissen und in Folge davon vorübergehend arbeitsunfähig geworden. Seitens der Generaldirektion der Kgl. Posten und Telegraphen wurde für die Zeit dieser Arbeitsunfähigkeit des W., welcher inzwischen seinen Gehalt fortbezog, eine Amtsverweserei bestellt. Da derselbe jedoch nach Art. 18 des Beamten-Gesetzes vom 28. Juni 1876 (Reg.-Bl. S. 216 f.) bei seiner sechs Monate nicht überschreitenden Verhinderung zu den Kosten dieser Amtsverweserei einen Beitrag zu leisten nicht verpflichtet war, erhob die Generaldirektion Namens der württ. Staatskasse gegen den Besitzer des Hundes Klage auf Ersatz der Stellvertretungskosten.

Das Oberlandesgericht wies aber diese Klage ab und begründete seine Entscheidung folgendermaßen:

Klägerin stützt den Anspruch auf Ersatz dieser ihr erwachsenen Auslage darauf, daß dieselbe einen ihr durch den Unfall des W. mittelbar verursachten Schaden bilde, welchen Beklagter ihr als quasi Gewalthaberin des W. und Mietherin seiner Dienste zu erstatten habe. Allein nach den Grundsätzen der aquilischen Klage steht ein Ersatzanspruch wegen kulposer Sachbeschädigung nur dem Eigentümer der beschädigten Sache, dem dinglich an derselben Berechtigten und dem gutgläubigen Besitzer derselben zu, wogegen ein in Betreff der beschädigten

Sache bloß obligatorisch Berechtigter, abgesehen von dem Einen Ausnahmsfall des Pächters, welcher wegen kulposer Beschädigung der Saat, diese Klage anzustellen berechtigt ist [1]), keinen Ersatzanspruch an den kulposen Beschädiger hat [2]). Desgleichen steht der Entschädigungsanspruch wegen kulposer Körperverletzung für die Regel dem an seinem Körper Verletzten zu [3]) und es ist dieser Anspruch nur auf den Hausvater wegen Körperverletzung am Hauskinde [4]) und nach einem im Gesetze vom 5. September 1839 Art. 13 zur Anerkennung gekommenen gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauche [5]) auf die Wittwe und die Kinder eines Getöteten, sowie solche Personen, welche derselbe zu ernähren verbunden war, wegen des ihnen durch die Tötung entzogenen Unterhalts ausgedehnt worden. Im vorliegenden Falle hat zwar Klägerin zufolge des dem W. widerfahrenen Unfalls deshalb, weil sie nach dem zwischen ihr und dem letzteren bestehenden Dienstverhältnisse die durch seine Dienstverhinderung erwachsenen Stellvertretungskosten selbst zu tragen hat, in ihrer Eigenschaft als Dienstherrschaft des W. einen Vermögensnachteil erlitten, sie erscheint aber nicht als ersatzberechtigte Verletzte im Sinn des aquilischen Gesetzes. Ebensowenig finden die erwähnten beiden weiteren Bestimmungen, durch welche die Entschädigungsberechtigung wegen kulposer Körperverletzung auf andere Personen als die Verletzten ausgedehnt worden ist, auf die Klägerin Anwendung, und auch eine analoge Ausdehnung derselben auf einen Fall, wie der vorliegende, in welchem durch eine Körperverletzung an einem Bediensteten mittelbar die Dienstherrschaft betroffen wurde, ist ausgeschlossen, weil sich aus diesen Be-

---

1) l. 27 § 14 Dig. ad leg. Aq. 9, 2.

2) vgl. l. 11 § 9 Dig. ad leg. Aq. 9, 2; l. 18 § 5 Dig. de dolo malo 4, 3; l. 13 § 12 Dig. A.E.V. 19, 1; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 9 Nr. 36 S. 158 ff.

3) l. 13 pr. Dig. ad leg. Aqu. 9, 2.

4) l. 5. l. 7 pr. Dig. ad leg. Aqu. 9, 2 und l. 13 § 4 Dig. locati, 19, 2.

5) Entscheidungen des Reichsger. Bd. 7 Nr. 44 S. 139.

stimmungen, namentlich der auf dem Gewaltverhältnis zwischen dem Ersatzberechtigten und Verletzten beruhenden Vorschrift der l. 6 und 7 pr. cit., ein allgemeines Prinzip nicht ableiten läßt, es namentlich an genügenden Anhaltspunkten für die Annahme fehlt, daß damit allgemein dem durch eine kulpose Körperverletzung mittelbar Beschädigten ein Ersatzanspruch habe eingeräumt werden wollen [1]). Der Klägerin steht sonach der erhobene Anspruch auf Ersatz der von ihr aufgewendeten Stellvertretungskosten an den Beklagten nicht zu.

Urteil des Oberlandesgerichts, I. Civilsenat i. S. Staatskasse gegen Bauunternehmer J. vom 19. Novbr. 1886.

16.

Haftung nach dem Aquilischen Gesetz. § 367 Ziffer 12 des Reichsstrafgesetzbuchs.

Am 16. Oktober 1884 ging der Waldmeister W. von Ihlingen bei sehr finsterer Nacht von dem Dorfe Altheim aus nach Hause. Er benützte hiezu die über Rexingen führende Vizinalstraße und hatte hiebei den Wald „groß Egart" zu passieren. In demselben kam er von der Straße ab, folgte einem eingegangenen Holzabfuhrweg, verlor auch diesen und kam an den Rand eines tiefen Einschnitts der den Wald durchschneidenden Eisenbahnlinie. Er trat auf die Böschung, konnte sich nicht mehr halten und stürzte die hohe und sehr steile Böschung hinab, wobei er sich so verletzte, daß er starb. Seine Wittwe und Kinder verlangen eine entsprechende Rente von der Württembergischen Staatsfinanzverwaltung als der Eigentümerin der Eisenbahn, weil der Rand des Einschnitts nicht durchaus mit einer Sicherheitsschranke versehen gewesen sei.

Die Klage ist in 2. Instanz abgewiesen worden und

1) Vgl. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 13 Nr. 136 S. 426 ff. Seuffert, Arch. Bd. 30 Nr. 146, Bd. 31. Nr. 36.

das Reichsgericht hat das Gesuch der Kläger um Zulassung zum Armenrecht behufs Erhebung der Revision verworfen. Gründe:

I. Der von den Klägern erhobene Ersatzanspruch wird gestützt auf Art. 13 des Gesetzes vom 5. September 1839, welcher eine Ausdehnung des Aquilischen Gesetzes auf die Tötung eines freien Menschen enthält [1]).

Es ist nicht zu bezweifeln, daß auch durch Unterlassungen eine Haftbarkeit nach dem Aquilischen Gesetz begründet werden kann, wenn durch eine vorangegangene positive Tätigkeit die Verpflichtung zu einem weitern Handeln begründet, oder ein solches Handeln durch besondere Bestimmungen vorgeschrieben ist, und daß durch das Graben von Gruben und die Herstellung von Abhängen die Pflicht zur Verwahrung derselben herbeigeführt werden kann.

Allein zu der Haftung nach jenem Gesetz gehört, daß der Schaden injuria datum ist, d. h., daß die Verletzung objektiv rechtswidrig ist und die Handlung, beziehungsweise Unterlassung dem Handelnden zur Schuld angerechnet werden kann, daß dieselbe auf Vernachlässigung der Sorgfalt eines sorgfältigen Mannes beruht.

Bei der Frage aber, wie weit sich diese Sorgfalt zu erstrecken hat, bedarf der Satz, welcher aufgestellt zu werden pflegt, der Thäter sei in Schuld, wenn er den beschädigenden Erfolg seiner Handlung als möglich habe voraussehen können, einer notwendigen Einschränkung und diese ist dahin zu bestimmen, daß der beschädigende Erfolg unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge und insbesondere unter Berücksichtigung der Andern ebenfalls obliegenden Sorgfalt als möglich vorausgesehen werden konnte. Das Aquilische Gesetz legt dem Handelnden keine so weit gehende Voraussicht und Fürsorge für Andere auf, daß er jeden möglichen Erfolg seiner Handlung berechnen und für Abwendung jeder denkbaren Be-

---

1) S. Motive zu Art. 8 des Entwurfs und Kommissionsbericht II. Beil. Band von 1838 S. 168 und S. 400.

schädigung sorgen müßte, sondern der Handelnde darf auch bei Andern die gewöhnliche Sorgfalt voraussetzen. Auch außergewöhnliche Ereignisse und ein fahrlässiges Handeln Anderer lassen sich als möglich voraussehen, allein solche Möglichkeiten in Berücksichtigung zu ziehen, macht jenes Gesetz nicht zur Pflicht.

Wenn Jemand auf seinem Felde Stoppeln oder Dornen an einem stürmischen Tage abbrennt, so haftet er für den Schaden. Wenn er dies aber an einem windstillen Tag getan und ein plötzlicher Windstoß das Feuer weiter fortgenommen hat, ist er außer Verantwortung, obwohl er sich zweifellos als möglich denken mußte, es könne auch ein plötzlicher Windstoß kommen [1]).

Wer auf einem Uebungsplatz mit Speeren wirft und einen Vorübergehenden trifft, konnte sich als möglich denken, daß jemand über den Uebungsplatz gehen könnte, der Thäter aber ist außer Schuld, weil der Verletzte non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere. Wer über einen solchen Platz geht, soll selbst die nötige Sorgfalt anwenden, daß ihm kein Schaden zugefügt wird und die Werfenden aufmerksam machen [2]).

Wer einen Baum ausputzt und Aeste herunterwirft, haftet für eine Verletzung, wenn er dies auf einem öffentlichen oder Privatweg ohne vorangegangene Warnung getan hat. Hat derselbe die Arbeit vorgenommen fern vom Wege oder mitten auf einem Grundstück, so haftet er nicht, obwohl er es auch hier als möglich voraussehen kann, daß jemand unter dem Baume vorübergehen könnte. Es ist Sache des andern, wenn er ein fremdes Grundstück betritt, sich umzusehen, ob ihm nicht Gefahr droht und den Arbeitenden aufmerksam zu machen [3]).

Der gleiche Grundsatz ist zu entnehmen aus l. 11 pr. l. 29, l. 39 Dg. eod.

---

1) l. 30 § 3 Dg. 9. 2.
2) l. 9 § 4 Dg. 9. 2. § 4 Inst. 4. 3. l. 52 § 4 Dg. 9. 2.
3) § 5 Inst. l. 3. l. 31 Dg. 9, 2.

Speziell von Gruben spricht die l. 28 Dg. eod. Wenn jemand Gruben macht, um Bären oder Hirsche zu fangen, so ist er verantwortlich, wenn er dies auf einem Wege gethan hat und jemand hineingefallen ist. Hat er sie an einem andern Ort angelegt, wo dies zu geschehen pflegt, so haftet er nicht, obwohl er sich als möglich vorstellen kann, daß ein Mensch, sei es nun ein Betrunkener, Verirrter, Irrsinniger u. s. w. dahin kommen könne. Andere, welche sich an Orte begeben, wo solche Gruben zu vermuten sind, sollen selbst die nötige Aufmerksamkeit anwenden und einen Ortskundigen mitnehmen.

Diese Beispiele zeigen, daß bei andern ebenfalls die gewöhnliche Sorgfalt vorausgesetzt werden darf, und daß eine Fürsorge für besondere Vorkommnisse, wie Verirren, Trunkenheit u. s. w. nach dem Aquilischen Gesetz nicht verlangt wird.

Bei Anwendung dieser Grundsätze läßt sich eine Haftung der Beklagten nicht annehmen, denn es können die Ausführungen, die Beklagte habe im Walde der Gemeinde Altheim eine für die den Wald „groß Egart" begehenden Personen höchst gefährliche Anlage geschaffen, von der sie habe einsehen müssen, daß Personen, welche den Wald begehen, plötzlich und unvermutet an die steile Böschung geraten und beim Mangel einer Schranke unaufgehalten und rettungslos abstürzen können, nicht als zutreffend erachtet werden. Dieselben finden in den durch den Augenschein festgestellten thatsächlichen Verhältnissen keine Begründung.

Es ist zwar richtig, daß der Einschnitt und die Böschung an der fraglichen Stelle in sofern gefährlicher ist, als viele sonstige Böschungen, weil derjenige, welcher einmal auf die Böschung geraten ist, der Steilheit und des felsigen Grundes wegen keinen Halt mehr findet, und weil die Folgen des Absturzes sehr schwere sind.

Nicht richtig aber ist, daß wer den Wald begeht, plötzlich und unvermutet an und vollends auf die steile Böschung geraten könne. Der auf der fraglichen Seite 4,5 Meter breite Sicherheitsstreifen ist abgeholzt, er ist in der Richtung gegen

den Einschnitt und den Rand desselben nicht abschüssig und der Grund und Boden ist fest. Derjenige, welcher aus dem Wald auf den Sicherheitsstreifen heraustritt, sieht schon aus angemessener Entfernung den Einschnitt und wer nicht geradezu blind gegen diesen vorwärts geht, gerät nicht unvermutet an den Rand desselben, sondern kann ungefährdet anhalten und zurückgehen.

Außerdem besteht der Einschnitt schon seit mehreren Jahren, er ist von allen Seiten, insbesondere der Straße Altheim—Rexingen aus wohl sichtbar, es darf daher vorausgesetzt werden, daß die den Wald begehenden Personen denselben kennen und deshalb in der Lage sind, sich vor der Annäherung an den Einschnitt zu hüten.

Sodann ist es nicht richtig, daß die Beklagte die Anlage in dem Walde der Gemeinde Altheim hergestellt habe. Sie hat dies auf ihrem Eigentum gethan und hiebei in keine fremde Rechtssphäre eingegriffen; neben dem Einschnitt ist der im Eigentum der Beklagten befindliche circa 4 Meter breite Sicherheitsstreifen und wenn derselbe etwa auch nicht unter § 54 des Bahnpolizeireglements fallen sollte, wornach das Betreten des Planums der Bahn, der Böschungen, Dämme, Gräben, Brücken und sonstigen Anlagen verboten ist, so haben doch auch die zu Betretung des Waldes außerhalb der Wege befugten Personen auf diesem Sicherheitsstreifen nichts zu thun und zu suchen. Würde aber jemand dem alten abgegangenen Waldweg folgend, auf diesen Sicherheitsstreifen kommen, so würde er, von dem oben Bemerkten abgesehen, in ausreichender Weise durch die hier befindliche Schranke gewarnt.

Bei starker Dunkelheit kann es allerdings vorkommen, daß jemand, welcher auf den Einschnitt zugeht, unvermutet auf die Böschung gerät und hinabstürzt. Allein bei Nacht haben auch diejenigen Personen, welche den Wald zu besuchen pflegen, nichts in demselben zu thun und begehen denselben nicht und noch weniger den Sicherheitsstreifen. Was aber die Möglichkeit des Verirrens betrifft, so besteht für den Ver-

kehr von Altheim nach Rexingen ein Vizinalsträßchen, das so beschaffen ist, daß man es selbst in der Dunkelheit bei der erforderlichen Aufmerksamkeit nicht wohl verlieren kann, da dasselbe mit Kleingeschläg eingeworfen und der Straßenkörper hart und fest ist. Außerdem darf erwartet werden, daß, wer den Weg nicht kennt, entweder denselben bei Nacht nicht geht, oder sich begleiten läßt und daß derjenige, welcher sich bei einer solchen Dunkelheit, daß ein Abkommen zu befürchten ist, auf den Weg macht, wenigstens eine Laterne mitnimmt.

II. Die Kläger berufen sich nun auf § 367 Ziffer 12 des Strafgesetzbuches: „Wer auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen, auf Höfen, in Häusern und überhaupt an Orten, an welchen Menschen verkehren, Gruben oder Abhänge dergestalt unverdeckt läßt, daß daraus Gefahr für andere entstehen kann." Das Unterlassen der hier vorgeschriebenen Sicherungsmaßregeln kann eine Haftbarkeit nach dem Aquilischen Gesetz begründen.

Richtig ist, daß sich diese Bestimmung nicht auf öffentliche Plätze und Wege beschränkt, sondern sich auch auf Orte erstreckt, welche im Privateigentum stehen, falls die weiteren Voraussetzungen zutreffen. Ob auch Orte darunter fallen, deren Betreten verboten ist, kann dahin gestellt bleiben [1]).

Nicht zu bezweifeln ist, daß der Altheimer Gemeindewald „groß Egart" auch außerhalb der Wege in berechtigter Weise von Menschen besucht wird. Er wird begangen von dem Waldhüter, von Holzmachern, von dem Jagdberechtigten, von solchen, die Beeren und Pilze suchen, und von Leseholzsammlern. Allein als ein Ort, wo Menschen verkehren, kann derselbe nicht bezeichnet werden.

Schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch fällt der Wald außerhalb der Wege nicht unter diejenigen Orte, an welchen Menschen verkehren. In Uebereinstimmung hiemit sind die Worte des § 367 Ziffer 12 gewählt worden.

Das Preuß. Strafgesetzbuch hatte in § 345 Nr. 9 ge-

1) S. dagegen Entscheid. des preuß. Obertrib. B. 65 S. 45.

lautet „wer auf öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen, auf Höfen oder überhaupt an Orten, wo Menschen hinkommen, Brunnen ꝛc. oder Abhänge ꝛc. unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für andere entstehen kann [1]."

Diese Bestimmung wurde wörtlich aufgenommen in den ersten Entwurf eines Strafgesetzes für den norddeutschen Bund von 1869 § 353 Ziffer 10.

Allein in dem zweiten Entwurf von 1870 [2]), ist die Stelle dahin geändert, s. § 363 Ziffer 11, „oder überhaupt an Orten, wo Menschen verkehren". Die Motive zu § 363 sagen hiezu, s. S. 86, „dagegen wiederholt der § 363 im übrigen in der Hauptsache die Bestimmungen des § 345 des Preuß. Strafgesetzbuchs". In dieser Fassung wurde der Entwurf angenommen. Hieraus folgt, daß der Ausdruck „wo Menschen hinkommen" als zu allgemein beseitigt und absichtlich eine beschränktere Fassung gewählt wurde.

Daraus sodann, daß dem umfassenderen Ausdruck „Orte, wo Menschen verkehren" einzelne Beispiele vorangestellt sind, geht hervor, daß derselbe aus jenen Beispielen seine bestimmtere Begrenzung erhalten soll. Diese Beispiele zählen aber Orte auf, welche bestimmungsgemäß dem Verkehr der Menschen dienen.

Wollte man den Wald, weil Menschen hinkommen, als einen Ort betrachten, wo Menschen verkehren, so würde dies ebenso vom Feld, Aeckern, Wiesen, Weinbergen und Gärten u. s. w. gelten, denn es kommen an diese Orte Menschen in gleicher Weise, wie in den Wald. Es ließe sich dann kaum ein Ort denken, der nicht darunter fiele, und es hätte genügt, nicht allein die Beispiele wegzulassen, sondern allgemein zu sagen, „wer Brunnen, Abhänge u. s. w. derart unverwahrt läßt, daß sie Menschen gefährlich werden können".

In gleicher Weise ist § 367 Ziffer 12 von der Preuß.

---

1) S. hiezu die Entsch. des Preuß. Obertribunals bei Striethorst Bd. 45 S. 210 f.

2) s. Beilagenband zu den Verhandlungen des Reichstags von 1870 S. 25.

Gesetzgebung aufgefaßt worden, denn sie hat für erforderlich gehalten, in dem Feldpolizeigesetz vom 1. April 1880 zu verordnen: „Mit Geldstrafe rc. wird bestraft, wer, abgesehen von den Fällen des § 367 Nr. 12 des Strafgesetzbuchs, den Anordnungen der Behörden zuwider es unterläßt, Steinbrüche, Lehm-, Sand-, Kies-, Mergelgruben, Kalk- oder Tongruben, Bergwerkschächte, Schürflöcher oder die durch Stockroden entstandenen Löcher, zu deren Einfriedigung oder Zuwerfen er verpflichtet ist, einzufriedigen oder zuzuwerfen.“ Eine entsprechende Anordnung zur Verwahrung solcher Orte ist am 6. Mai 1882 erlassen worden.

Solcher Vorschriften hätte es nicht mehr bedurft, wenn schon unter § 367 Ziff. 12 cit. alle Orte begriffen gewesen wären, wo Menschen hinkommen; alle in dem preuß. Gesetz angeführten Steinbrüche, Gruben u. s. w. konnten unter die Kategorieen des Strafgesetzbuchs „Oeffnungen, Abhänge und Gruben“ gebracht werden.

Das Gesetz will hienach das Publikum gegen Gefahr schützen, wenn dies Orte betritt, die, seien sie öffentliche oder private, vermöge ihrer Bestimmung oder besonderer Zulassung dem Verkehr des Publikums dienen. Weil an solchen Orten das Vertrauen auf ungefährdeten Verkehr berechtigt und deshalb Achtsamkeit und Vorsicht der Passierenden nicht zu erwarten ist, fordert das Gesetz zum Schutz von Leben und Gesundheit die Verwahrung von Oeffnungen, deren Gefahren, wenn sie unverdeckt blieben, nur besondere Vorsicht vermeiden könnte [1]). Hienach erscheint auch die Begriffsbestimmung Oppenhoffs 10. Ausg. S. 890 zu allgemein [2]).

Eine dem preußischen Feldpolizeigesetz entsprechende Anordnung ist in Württemberg auf Grund des Gesetzes vom 27. September 1871 (Reg.-Bl. S. 391) A. 32 Z. 5 nicht erlassen worden.

---

1) S. Reichs-O.H.G. B. 11 S. 428.

2) S. hiezu Berner, 14. Aufl. S. 633 und Schwarze, Komm. S. 956 zu § 367 Ziffer 8.

Derjenige Ort in dem Walde „groß Egart“, an welchem Menschen verkehren, nämlich der Vizinalweg von Altheim nach Rexingen, ist aber 150—200 Meter von dem Einschnitt entfernt, somit soweit, daß nicht gesagt werden kann, der Einschnitt und die Böschungen befinden sich an diesem Wege und damit einem Orte, wo Menschen verkehren. Der frühere Holzabfuhrweg ist ein alter, abgegangener Weg, ein Teil des Waldes, und mit Fichtenpflanzen ausgesetzt. Derselbe dient nicht mehr dem Verkehr. Ueberdieß ist derselbe an der Stelle, wo er auf den Einschnitt stieß, mit einer Schranke von der Böschung abgeschrankt, welche breiter ist, als es der Weg war. Bei Tag genügt diese Abschrankung vollkommen, ebenso bei Nacht für die den Waldweg Einhaltenden. Für diejenigen, welche auch von diesem abkommen, würde auch eine etwas breitere oder mehr an den Wald gerückte Schranke nicht genügt haben, wenn nicht der ganze Einschnitt verwahrt worden wäre, wozu, wie ausgeführt wurde, die Beklagte nicht verpflichtet ist.

Wäre eine Verpflichtung bestanden, nachdem der Holzabfuhrweg als Weg eingegangen und nicht mehr benützbar ist, dies noch besser kennbar zu machen und die den Vizinalweg Benützenden von dem Betreten des Waldwegs abzuhalten, so würde diese Verpflichtung die Gemeinde Altheim als die Eigentümerin des Waldwegs und die zur Unterhaltung des Vizinalwegs Verbundene getroffen haben [1]).

III. Auch auf eine Verfehlung gegen das vom Bundesrat erlassene Bahnpolizeireglement [2]) kann die Klage nicht gestützt werden. § 4 Abs. 1 dieser Verfügung bestimmt „Einfriedigungen müssen da angelegt werden, wo die gewöhnliche Bahnbewachung nicht hinreicht, um Menschen oder Vieh vom Betreten der Bahn abzuhalten“. In dem Einschnitt der Eisenbahn bei Altheim ist jedoch das Betreten der Bahn durch den

1) S. § 1 und § 11 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808.

2) s. Reg.-Bl. von 1875 S. 104, von 1878 S. 166 und von 1881 S. 368 (neueste Fassung s. Reg.-Bl. von 1885 S. 289).

Höhenunterschied der Böschungen und des Bahnkörpers ausgeschlossen. Gemeint sind solche Orte, an welchen der Verkehr von Menschen ein so lebhafter ist, daß das Verbot des § 54 und dessen Handhabung durch die Bahnwärter nicht ausreicht, um das Publikum abzuhalten, wie auf Bahnhöfen, oder wo, wie bei in der Nähe befindlichen Waiden, das Uebertreten von Vieh zu befürchten ist.

Ebensowenig kann Absatz 2 von § 4 Anwendung finden, denn dieser handelt von dem Fall, wo unmittelbar neben der Bahn ein Weg liegt.

IV. Mit dem Ergebnis, daß Orte wie der fragliche Einschnitt von der Beklagten nicht einzuschranken sind, steht auch die allgemeine Uebung im Einklang. Die tägliche Erfahrung lehrt, daß vielfach an Steinbrüchen, Kies- und anderen Gruben Schranken nur da angebracht werden, wo sich Wege denselben nähern, ohne daß die Behörden nach § 367 Ziff. 12 einschreiten, oder die Ortspolizeibehörde eine Einschrankung vorschreibt. In den Waldungen gibt es Felsabstürze und Vertiefungen, welche gefährlich werden können. Obwohl § 367 Ziffer 12 des Strafgesetzbuchs nicht zwischen natürlichen und künstlichen Abhängen unterscheidet, macht doch niemand den Waldeigentümer für Verwahrung derselben verantwortlich. Auf dem Felde werden die zur Aufnahme von Felderzeugnissen bestimmten Gruben und in den Weinbergen die Mauern nicht besonders verwahrt. Sollte überall dafür gesorgt werden, daß Verirrte nicht verletzt werden können, so müßte vor allem die ganze Bahnlinie eingeschrankt werden, denn in der Dunkelheit kann jemand auf eine gewöhnliche Böschung geraten, hinabstürzen und sich, wenn auch nicht so erheblich, verletzen, oder auf die Bahnlinie übertreten und überfahren werden. Es müßte jeder Fluß, Graben, jedes Altwasser, beim Graben eines Kellers die Baugrube, und jede Böschung an Straßen und Wegen mit Sicherheitsvorrichtungen versehen werden und die gewöhnlichen würden nicht einmal genügen.

So haben es auch die mit den Fällen N. und W. befaßten Behörden angesehen. Die Staatsanwaltschaft ist nicht

wegen fahrlässiger Tötung eingeschritten und die Ortspolizeibehörde [1]).

Es hat auch das Oberamt Horb den Standpunkt der Beklagten, daß sie zu einer Einschrankung nicht verpflichtet sei, nicht für einen unberechtigten erklärt, dasselbe hat vielmehr der Gemeinde Altheim die Abschrankung des alten Weges aufgegeben. Es ist selbstverständlich, daß eine Pflichtverletzung dieser Behörden die Beklagte nicht entlasten könnte; allein aus dem Verhalten derselben ist zu schließen, daß auch sie eine soweit gehende Fürsorge nicht für geboten erachtet haben.

Entscheidung des Oberlandesgerichts, 1. Senat, vom 1. April 1887 in Sachen der Generaldirektion der Württemb. Staats-Eisenbahnen gegen die Wittwe und die Kinder des Waldmeisters W.

17.

Regreßklage gegen die Unterpfandsbehörde wegen unrichtiger Schätzung des Pfandobjektes. Ursächlicher Zusammenhang zwischen dieser und dem Schaden des Pfandgläubigers. Hat der letztere die Richtigkeit der Schätzung der Unterpfandsbehörde zu kontrollieren?

Im Dezember 1882 hat der Bauer Johann Georg Rapp von Dettingen die Oberamtssparkasse Kirchheim, welche nach ihren Statuten Geld nur gegen doppelte unterpfändliche Sicherheit ausleihen darf, um Gewährung eines Anlehens von 7000 M. Hiebei wurde von demselben ein Informativunterpfandschein vorgelegt, in welchem die vom zukünftigen Schuldner zu verpfändende Liegenschaft von der Pfandbehörde zu 14,025 M. angeschlagen und zugleich angegeben war, daß die

1) s. Gesetz vom 27. Dezember 1871 Art. 59 Ziffer 1, nicht nach § 367 Z. 12.

frühern Pfandanschläge dieser Liegenschaft von den Jahren 1875, 1878 und 1879 — 10,755 M. betragen haben. Die Oberamtssparkasse Kirchheim ersuchte nun die Unterpfandsbehörde Dettingen um Auskunft über die Ursache der Erhöhung der Schätzung jener Liegenschaft gegenüber den früheren Pfandanschlägen. Hierauf antwortete der Schultheiß von Dettingen Namens der dortigen Unterpfandsbehörde am 19. Dezember 1882, daß die Liegenschaft nach ihrem gegenwärtigen Kaufpreis taxiert und daß die Güterpreise im Jahr 1875 niederer, als jetzt, gestanden seien. Auf dieses hin verwilligte die Oberamtssparkasse Kirchheim obiges Anlehen. In dem Pfandschein wurde der Wert der verpfändeten Liegenschaft des Rapp übereinstimmend mit der Schätzung in obigem Informativunterpfandschein und der Betrag jener frühern Pfandanschläge angegeben. Auch wurde in dem Informativunterpfandschein und in dem Pfandschein von der Unterpfandsbehörde beurkundet, daß die Pfandobjekte nach ihrem dermaligen Wert, beziehungsweise nach ihren laufenden Preisen pflichtmäßig geschätzt worden seien. In dem ausgangs des Jahres 1885 gegen Rapp eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren wurde die von demselben der Oberamtssparkasse Kirchheim verpfändete Liegenschaft zu 7845 M. angeschlagen und sodann um 7010 M. verkauft. Wegen des hienach an obiger Darlehensforderung erlittenen Ausfalls nahm die genannte Kasse die Unterpfandsbehörde in Dettingen in Anspruch, weil diese die Liegenschaft des 2c. Rapp, sei es absichtlich oder aus Nachlässigkeit, viel zu hoch geschätzt und hiedurch jenen Ausfall verschuldet habe.

Der Richter erster Instanz nahm zwar an, daß die gedachte Pfandbehörde die fragliche Liegenschaft schuldhafter Weise zu hoch geschätzt habe, wies aber gleichwohl die Klage mit der Begründung ab, daß die Klägerin sich nach Lage der Sache mit der aus den Pfandanschlägen der Jahre 1875—1879 sich ergebenden Sicherheit von 10,755 M. 70 Pf. begnügt habe, und nicht angezeigt sei, daß diese Anschläge auf einer Nachlässigkeit der Pfandbehörde beruhen.

Letztere Ansicht wurde von dem Oberlandesgericht nicht

gebilligt, vielmehr der Anspruch der Klägerin für begründet erklärt und bezüglich des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der der Unterpfandsbehörde zur Last fallenden zu hohen Schätzung der Pfandobjekte und dem Schaden der Klägerin ausgeführt:

Der ursächliche Zusammenhang zwischen der zu hohen Schätzung der Pfandobjekte durch die Unterpfandsbehörde Dettingen und zwischen dem durch die nicht vollständige Befriedigung der Klägerin bei dem Zwangsverkauf dieser Pfandobjekte eingetretenen Schaden kann mit dem vorigen Richter nicht deshalb beanstandet werden, weil die Klägerin sich mit der aus den Pfandanschlägen der Jahre 1875—1879 sich ergebenden Sicherheit von 10755,70 M. begnügt habe und nicht angezeigt sei, daß diese Anschläge auf einer Nachläßigkeit der Pfandbehörde beruhen. Denn die Folgerung, daß die Klägerin mit letzterer Pfandsicherheit einverstanden gewesen sei, wird von dem Unterrichter daraus gezogen, daß die Klägerin aus dem Informativschein den großen Unterschied zwischen den Pfandanschlägen von den Jahren 1875 und 1878 beziehungsweise 1879 und der bedeutend höheren Schätzung der Pfandobjekte im Jahr 1882 habe ersehen müssen, und obgleich sie gewußt habe, daß die Güterpreise seit dem Jahr 1875 stetig gefallen seien, und obwohl sie aus der auf ihre Anfrage an die Pfandbehörde wegen jener höheren Schätzung erteilten Antwort des Schultheißen Kräutle von Dettingen keine genügende Auskunft erhalten habe, das nachgesuchte Anlehen von 7000 M. gewährt habe. Allein gegen die Unterstellung, daß die Klägerin damals sich des die doppelte Pfandsicherheit weitaus nicht erreichenden Werts des Unterpfandes bewußt gewesen sei, spricht schon die Erwägung, daß die Beamten der Klägerin, welche nach ihren Statuten nur gegen doppelte Pfandsicherheit Geld auszuleihen berechtigt ist, durch die Bewilligung des Anlehens gegen eine bedeutend niederere Sicherheit eine grobe Pflichtwidrigkeit sich hätten zu schulden kommen lassen. Diese Handlungsweise wäre auch dann nicht entschuldigt, wenn jene Beamten angenommen haben würden, daß sie

neben der Beschaffung einer guten 1½fachen Sicherheit durch die auf obige Anfrage abgegebene Erklärung des Schultheißen Kräutle eine Garantie der Pfandbehörde für einen etwaigen Mindererlös aus den Pfandobjekten erlangt haben. Ueberdem konnten die Beamten der Klägerin in jener Erklärung mehr nicht finden, als ein Beharren auf der Richtigkeit der vorgenommenen Schätzung. Daß nun auch in der That die Klägerin mit einem geringeren Pfandwert, als dem doppelten, sich nicht begnügt hat, erhellt daraus, daß sie die erwähnte Anfrage an die Pfandbehörde gestellt und erst, nachdem ihr die fragliche Schätzung wiederholt als die richtige bestätigt worden ist, sich zur Gewährung des Anlehens entschlossen hat.

Allerdings sind weder in dem Informativschein, noch in der mehrgedachten Antwort des Schultheißen Kräutle die Gründe dargelegt worden, aus welchen die Preise der zu verpfändenden Liegenschaft seit den Jahren 1875 und 1878 beziehungsweise 1879 so erheblich gestiegen sein sollen. Allein es durfte sich die Klägerin darauf verlassen, daß die Pfandbehörde ihre Schätzung nach pflichtmäßigem Ermessen und nach den bestehenden Vorschriften vorgenommen habe, wie denn solches auch von derselben in dem Informativschein und in dem Pfandschein beurkundet worden ist. Zu einer Kontrollierung der Richtigkeit der Schätzung der Pfandbehörde ist aber der Pfandgläubiger nicht verpflichtet, um sich seinen Regreß gegen die letztere wegen ihrer Nachlässigkeit beim Anschlag der Unterpfänder zu sichern. Dies erhellt auch aus der Geschichte der Entstehung des Art. 223 des Pfandgesetzes. Der diesem Artikel entsprechende § 163 des Entwurfs hat nämlich die Haftung der Pfandbehörde für den durch ihr pflichtwidriges Handeln verursachten Schaden unter anderem davon abhängig gemacht, daß die Beteiligten „ohne eigene Schuld“ in Nachteil geraten seien [1]). Die Kommission der Kammer der Abgeordneten stellte nun aber den Antrag, die Worte: „ohne eigene Schuld„

1) Verh. der Kammer der Abgeordneten von 1823/24 3. a. o. Beil.-Heft S. 48.

aus dem Gesetz wegzulassen, weil dieselben gar leicht so mißdeutet werden könnten, daß der Beteiligte aller Enschädigungsansprüche schon dadurch beraubt werden solle, daß er unterlassen habe, die Unterpfandsbehörde zu kontrollieren, z. B. selbst Einsicht von den Unterpfandsbüchern zu nehmen, und weil es in einem andern Sinn jenes Zusatzes nicht bedürfe [1]). In dem K. Reskript vom 2. Juli 1824 wurde dieser Antrag genehmigt [2]) und ebenso wurde derselbe von der Kammer der Abgeordneten gebilligt [3]).

Eine Prüfung der Richtigkeit der Schätzung der Pfandbehörde kann dem Pfandgläubiger um so weniger zugemutet werden, als derselbe den Verhältnissen des Orts, an welchem sich die zu verpfändende Liegenschaft befindet, gar häufig ferne steht und die für die Schätzung derselben maßgebenden Gesichtspunkte nicht zu beurteilen vermag, während er bei der Pfandbehörde voraussetzen darf, daß dieselbe entweder auf grund ihrer eigenen Sachkunde oder zufolge der von ihr angeordneten Schätzung durch Sachverständige den richtigen Wert jener Liegenschaft zu ermitteln im stande sei. Wenn sodann auch die Klägerin geltend gemacht hat, daß es stadt- und landbekannt sei, daß die Güterpreise seit Mitte der 1870er Jahre im allgemeinen stetig gefallen seien, und wenn daher die Klägerin dies gleichfalls gewußt haben wird, so durfte doch dieselbe mit Rücksicht auf die Schätzung der Pfandbehörde aus Anlaß der Verpfändung für das von der Klägerin zu gewährende Anlehen annehmen, daß entweder die Preise der Güter in Oettingen, z. B. wegen größerer Nachfrage, ausnahmsweise höhere seien, als an anderen Orten, oder der Verkaufswert der Rapp'schen Liegenschaft aus besonderen Gründen, z. B. wegen der seit dem letzten Pfandanschlag eingetretenen Verbesserung und Erhöhung der Ertragsfähigkeit dieser Liegen-

1) a. a. O. S. 282. 321. 407.

2) a. a. O. S. 448.

3) a. a. O. 10. Heft S. 863 f; zu vergl. Bolley, Komm. II. 551 f.

schaft, gestiegen sei. Zu letzterer Annahme war aber die Klägerin nach dem Ausgeführten berechtigt, ohne daß sie über die Gründe der Wertserhöhung bei der Pfandbehörde weitere Nachforschungen anzustellen hatte.

Da nun die aus Anlaß der Verpfändung zu gunsten der Klägerin vorgenommene Schätzung der Rapp'schen Liegenschaft einen die doppelte Pfandsicherheit für das von der Klägerin zu gewährende Anlehen erreichenden Betrag ergeben hat, so ist anzunehmen, daß die Klägerin, welche statutenmäßig nur gegen jene Sicherheit Geld ausleihen darf, eben mit Rücksicht auf die erwähnte Schätzung das fragliche Anlehen gegeben hat und solches nicht gethan haben würde, wenn die Unterpfänder von der Pfandbehörde nach ihrem wahren, die doppelte Pfandsicherheit weitaus nicht gewährenden Wert angeschlagen worden wären.

Auf der andern Seite kann aus den angeführten Gründen der Klägerin auch nicht der Vorwurf der eigenen Verschuldung gemacht werden, wenn sie der Richtigkeit der Schätzung der Pfandbehörde unter den vorliegenden Verhältnissen vertraut hat.

Hienach ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der auf einer Nachläßigkeit der Pfandbehörde Dettingen beruhenden unrichtigen Schätzung der ꝛc. Rapp'schen Liegenschaft und dem durch den geringeren Erlös bei der Zwangsversteigerung derselben erwachsenen, unbestrittenermaßen auf 604,39 M. sich belaufenden Schaden der Klägerin dargethan.

Urteil des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 16. Mai 1887 in Sachen Oberamtssparkasse Kirchheim gegen Reiner u. Gen.

18.

Vermögensrechtliche Verpflichtungen minderjähriger Kinder, deren Vater noch am Leben ist, sind, wenn für die Kinder ein

besonderer, das Vermögen derselben verwaltender Vormund aufgestellt worden ist, ohne Zustimmung des Vormunds ungiltig.

Der Vater ist nach den auch in Württemberg geltenden Grundsätzen des heutigen Rechts der gesetzliche (natürliche) Vormund seiner minderjährigen Kinder [1]). Verträge der letztern, durch welche dieselben eine Verpflichtung übernehmen, sind daher nach Landrecht II, 26 § 2 ohne Zustimmung des Vaters unverbindlich [2]). Steht aber das Vermögen der minderjährigen Kinder nicht in der Verwaltung ihres Vaters, sondern in der eines besondern für dieselben bestellten Vormunds, sei es, daß der Vater seines Verwaltungsrechts aus einem gesetzlichen Grund verlustig geworden ist oder daß er sich desselben begeben hat [3]), so ist jener Vormund der Vertreter der Kinder in allen vermögensrechtlichen Beziehungen, und es hat daher derselbe seine Zustimmung zu denjenigen Handlungen seiner Mündel, durch welche das von ihm verwaltete Vermögen derselben belastet werden soll, zu erteilen. Wollte man auch in einem solchen Fall die Stellung des Vaters als gesetzlichen Vormunds seiner minderjährigen Kinder mit der Wirkung fortdauern lassen, daß die vermögensrechtlichen Handlungen derselben zu ihrer Giltigkeit nur der Einwilligung des Vaters bedürfen, so würde man zu dem widersinnigen Ergebnis gelangen, daß der das Vermögen der minderjährigen Kinder verwaltende Vormund deren mit Zustimmung ihres Vaters eingegangene Verbindlichkeiten, ungeachtet sie als giltig anzusehen wären, aus jenem Vermögen nicht zu befriedigen hätte, weil seine Mündel ohne seine Einwilligung kontrahiert haben, oder aber daß der gedachte Vormund, falls er jene Verbindlichkeiten aus dem Vermögen seiner Mündel erfüllen müßte, die Verantwortung für die von den letztern ohne seinen Willen

1) Entsch. des R.G., XV, 195, 200; württ. Arch. XVI, 338.

2) württ. Arch. XII, 388, XV, 419.

3) zu vergl. Erl. des Pupillensenats des Obertribunals vom 31. Aug. 1848 (II. Erg.-Band zum Reg.-Bl. S. 81).

übernommenen Verbindlichkeiten zu tragen hätte. Weder das eine, noch das andere würde der Fürsorge für die Interessen des Mündels entsprechen, welche nach dem Gesetz durch die Aufstellung eines Vormunds behufs der Verwaltung des Vermögens des Mündels bezweckt wird. Hienach sind vermögensrechtliche Verpflichtungen des letztern, auch wenn sein Vater noch am Leben ist, ohne Einwilligung des mit jener Verwaltung beauftragten Vormunds rechtlich unverbindlich [1]).

Urtheil des O.L.Gerichts II. Sen. vom 16. Mai 1887 in Sachen Laible gegen Spieß.

19.

Der öffentliche Glauben des Güterbuchs in Bezug auf die Erwerbung bereits bestehender Dienstbarkeitsrechte auf Grundstücken Dritter. Art. 15 des württembergischen Pfandentwicklungsgesetzes [2]).

Der Beklagte nimmt für seine Wiese das Recht in Anspruch, das Wasser einer auf dem Grundstück des Klägers entspringenden Quelle durch Ableitung mittels offenen Grabens zu beziehen, und den Kläger an der anderweiten Verfügung über dieses Quellwasser zu verhindern.

Der gegen ihn erhobenen negativen Feststellungsklage gegenüber stützt er dieses Recht (außer auf unvordenklichen Besitzstand und Ersitzung) auch auf den öffentlichen Glauben des Güterbuchs, nämlich auf den durch Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes gewährten Schutz, indem im Güterbuch bei Be-

1) Daß das Verfügungsrecht des Vaters in Beziehung auf das mit seinem Einverständnis unter besondere pflegschaftliche Verwaltung gestellte Vermögen seiner minderjährigen Kinder ausgeschlossen sei, hat das O.L.G. II. Sen. auch in dem Urteil vom 13. Juli 1885 in Sachen Aupperle gegen Aupperle ausgesprochen.

2) vgl. Württemb. Archiv Band 9 S. 423 Z. 10.

schreibung seiner Wiese das fragliche Wasserleitungsrecht als ein dieser Wiese zustehendes Recht eingetragen und das diesem Recht entgegenstehende Recht des Klägers nicht gewahrt, somit als „unbekannter Anspruch eines Dritten“ zu betrachten sei; dieser könne gegenüber dem eingetragenen Wasserleitungsrecht nicht geltend gemacht werden, nachdem auf Grund jenes Güterbucheintrags die Wiese vom Beklagten in gutem Glauben erkauft und der Kaufvertrag von der zuständigen Stelle bestätigt und beiderseits vollständig vollzogen worden sei.

Der erste Richter hat das beanspruchte Wasserleitungsrecht verworfen wegen Mangels der Absicht der Rechtsausübung und des guten Glaubens des Beklagten und hat den Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes aus diesem Grunde nicht für anwendbar erklärt. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen. Die Bezugnahme auf Art. 15 des gedachten Gesetzes wurde für unstatthaft erklärt aus nachstehenden

Gründen:

Der Versuch, ein Dienstbarkeitsrecht des Beklagten auf Verwendung des Quellwassers zur Wiesenbewässerung auf den Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes zu stützen, geht fehl. Denn der Schutz, welchen diese Gesetzesbestimmung dem Erwerber eines Dienstbarkeitsrechts trotz eines Mangels in der Berechtigung seines Mitkontrahenten unter bestimmten Voraussetzungen gewährt, tritt nur in dem Fall ein, wenn ein Dienstbarkeitsrecht von einem im Güterbuch als Eigentümer des zu belastenden Grundstücks Eingetragenen, der aber in Wirklichkeit nicht Eigentümer desselben ist, dem andern Vertragschließenden eingeräumt worden ist. Keineswegs aber besagt der Art. 15, daß mit dem Erwerb des Eigentums an einem Grundstück auch alle beim Beschrieb dieses Grundstücks im Güterbuch demselben zugeschriebenen Dienstbarkeitsrechte miterworben werden, mögen sie in Wirklichkeit bestehen oder nicht.

Es ergibt sich dies, wie aus inneren Gründen (der Bedenklichkeit eines solchen Rechtssatzes) und der Entstehungs-

geschichte dieser Gesetzesbestimmung [1]), so auch aus dem Wortlaut des Artikels selbst. Von einem „unbekannten Anspruch" eines Dritten kann in einem Fall, wie dem vorliegenden, offenbar nicht gesprochen werden; denn daß der Kläger Eigentümer des Grundstücks ist, auf welchem die Quelle entspringt, war dem Beklagten nicht unbekannt; nur auf dieses Eigentum aber ist die Klage gestützt, welche eine Beschränkung dieses Eigentums, wie sie das vom Beklagten beanspruchte Recht enthalten würde, verneint.

Wenn sodann in Art. 15 von „durch die zuständige Stelle bestätigten Verträgen" die Rede ist, so ist damit offenbar auf das zur vertragsmäßigen Begründung von Dienstbarkeitsrechten erforderliche gerichtliche Erkenntnis hingedeutet.

Urteil des I. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 10. Juni 1887 in Sachen F. gegen Fiskus wegen Anmaßung eines Wässerungsrechts.

20.

Konkursordnung § 35 und 38. Aussonderungsanspruch des Verkäufers an von auswärts übersendeten und an den Käufer abgelieferten Waren im Konkurse des Letzteren. Einrede des Eigentumsübergangs durch Tradition.

Die Revision gegen das oben unter I. A. Nr. 6 S. 16—22 abgedruckte Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 3. Dezember 1886 in Sachen der Firma Schw. und H. gegen die Firma G. und H. ist vom Reichsgericht, VI. Civilsenat, am 2. Mai 1887 zurückgewiesen worden.

---

1) vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahr 1828, IV. Beilagenheft, S. 206—207; Protokolle S. 1795/96; 1898; 1907; 1914/15.

21.

Verpfändung der in einer Kunstwollefabrik vorhandenen Vorräte an Wollewaren mit den Fabrikgebäuden nach württemb. Recht.

Gegen das oben unter I. A. Nr. 7 S. 22—29 abgedruckte Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 3. Dez. 1886 in Sachen der Konkursmasse der Firma Schw. und H. gegen die K. Hofbank hat der Konkursverwalter die Revision eingelegt. Dieselbe ist vom Reichsgericht VI. Civilsenat, am 25. April 1887 mit folgender Begründung zurückgewiesen worden:

Streit besteht darüber, ob die Verpfändung der fraglichen Wollewaren rechtlich zuläßig war. In den Gründen des angefochtenen Urteils ist ausgeführt: unter Zugehörungen, welche mit einer Liegenschaft zum Unterpfand bestellt werden können, begreife das württ. Pfandgesetz vom 15. April 1825, von der damaligen Theorie über den Begriff der Zugehörungen ausgehend, auch solche Sachen, welche nicht schon an sich nach ihrem Verhältnis zur andern Sache als Zugehörung erscheinen, vielmehr lediglich in Folge einer Disposition der Beteiligten als Zugehörung behandelt worden (sog. gewillkührte Pertinenzen); wenn nun auch die neuere Theorie prinzipiell richtig von dem Begriff der Zugehörungen im technischen Sinne das, was die frühere Theorie gewillkührte Zugehörungen genannt habe, ausscheide, so sei es doch nicht zuläßig, das Gesetz gegen den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nur auf Zugehörungen der ersteren Art zu beziehen. Inwiefern hiermit eine revisible Rechtsnorm verletzt sein soll, ist nicht ersichtlich, und da auch sonst das Urteil Verletzung einer solchen Norm nicht ersehen läßt, so mußte die Revision unter Kostenfolge zurückgewiesen werden.

22.

Ist ein Abzug von Zwischenzinsen gestattet bei Bezahlung einer noch nicht fälligen, zu niedrigerem, als dem gesetzlichen oder landläufigen Zinsfuß verzinslichen Forderung mittelst Zwangsverkaufs der für diese Forderung verpfändeten Liegenschaft außerhalb des Konkurses [1]?

In dem über ein Gut abgeschlossenen Kaufvertrag wurde bestimmt, der Kaufschilling von 16,000 fl., für welchen sich der Verkäufer das Unterpfand vorbehielt, sei von Martini 1865 an zu 4½ Prozent zu verzinsen und in beliebigen Raten von 100 fl. an aufwärts abzuzahlen. Der Käufer konnte die Zinsen nicht bezahlen, weshalb das Gut im Jahr 1869 im Zwangsvollstreckungswege veräußert und der Erlös dem Verkäufer zugewiesen wurde. Da dieser Erlös zur Deckung des ganzen Kaufschillings nicht ausreichte, so erhob der Verkäufer im Jahr 1886 Klage auf Bezahlung des Rests. Dieser Klage hielt der Beklagte unter anderem die Einrede entgegen, der Rest sei vollkommen dadurch gedeckt, daß der Kläger durch den Erlös weit mehr erhalten habe, als die Forderung zur Zeit der Zwangsvollstreckung wert gewesen sei. Der Beklagte hätte den Kaufschilling in 160 Jahresraten zu 100 fl. abtragen dürfen und wenn nun der Kläger jetzt schon den größten Teil seiner Forderung erhalten habe, so müsse die Differenz zwischen dem gesetzlichen, beziehungsweise landesüblichen Zinsfuß von 5% und dem in dem Kaufvertrag verabredeten von 4½% zu Gunsten des Beklagten berechnet und an dem Kaufschilling abgezogen werden. Schon durch dasjenige, was der Kläger auf diese Weise von dem Jahre 1869 bis 1886 mehr erhalten habe, werde die eingeklagte Summe nahezu erreicht.

Der Beklagte wurde zur Zahlung des Rests des Kaufschillings verurteilt aus nachstehenden Gründen:

---

1) Bezüglich des Konkurses s. Sarwey, Archiv Bd. 12 S. 219; Boscher, Zeitschrift Bd. 13 S. 97 ff.

Es bedarf keiner Entscheidung der Frage, ob beim Zwangsverkauf einer Liegenschaft außerhalb des Konkurses die Bezahlung einer noch nicht fälligen unverzinslichen Unterpfandsforderung nur unter Abzug eines Zwischenzinses zu erfolgen hat. Denn im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine unverzinsliche Forderung des Klägers; daß aber bei erzwungener verfrühter Bezahlung einer — zu niedrigerem, als dem gesetzlichen oder landläufigen Zinsfuß verzinslichen — Forderung der Abzug eines Zwischenzinses stattfinde, kann nicht anerkannt werden. Aus dem Art. 52 des Pfandgesetzes läßt sich allerdings das Gegenteil nicht mit Sicherheit ableiten, denn es ist nicht ersichtlich [1]), daß der Gesetzgeber an den Fall, daß die heimzuzahlende Forderung zu einem niedrigeren, als dem gesetzlichen oder landesüblichen Zinsfuß verzinslich ist, überhaupt gedacht hat und es ist daher zweifelhaft, ob in der Vorschrift des Art. 52 Pfandges. der Ausdruck des Willens, daß auf derartige Forderungen die hinsichtlich des Abzugs eines Zwischenzinses getroffene Bestimmung keine Anwendung finden solle, zu sehen ist.

In der „Begründung" zu § 58 Reichskonkursordnung wird es zwar als eine — nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichten nicht gezogene — Folgerung aus dem „Prinzip des Interusuriums" hingestellt, daß der Abzug eines Zwischenzinses auch eintrete bei verfrühter Bezahlung von Forderungen, welche zu einem geringeren, als dem gesetzlichen Zinsfuß zu verzinsen sind. Eine folgerichtige Durchführung des Grundsatzes des Interusuriums würde aber auch dahin führen, den Zuschlag eines Zwischenzinses eintreten zu lassen bei erzwungener verfrühter Bezahlung von Forderungen, welche zu einem höheren, als dem gesetzlichen oder landesüblichen Zinsfuß verzinslich sind: denn der Grundgedanke der Bestimmungen über Zwischenzinse ist der, daß der Gläubiger eben das, was er zu fordern hat, nicht mehr und nicht weniger, erhalten soll;

---

1) vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1823 und 1824 III. außerordentliches Beilagenheft S. 458 zu XVII, 1.

er erhält aber offenbar weniger, als er zu beanspruchen hat, wenn ihm z. B. eine sechsprozentige unkündbare Schuld viele Jahre vor Verfall zu einer Zeit heimbezahlt wird, wo der gesetzliche und landesübliche Zinsfuß nur 4% beträgt. Die Zulässigkeit eines solchen Zuschlags zum Kapital in dem erwähnten Fall findet sich aber in dem für Württemberg in Ermanglung landesgesetzlicher Normen maßgebenden gemeinen Recht nirgends ausgesprochen und kann daher, da eine solche Erhöhung des vom Schuldner zu bezahlenden Kapitalbetrags diesem unter Umständen eine schwere Last aufbürden würde, nicht als geltendes Recht angesehen werden. Aus dem Schweigen des gemeinen Rechts über die Frage des Zwischenzinses bei erzwungener verfrühter Bezahlung von Forderungen, welche zu anderem, als dem gesetzlichen oder landesüblichen Zinsfuß verzinslich sind, ist vielmehr der Schluß zu ziehen, daß der gegenwärtige Betrag solcher Forderungen ihrem Nominalbetrag gleichzustellen ist [1]).

Dieser Rechtssatz rechtfertigt sich dadurch, daß bei einer solchen Berechnung das Interesse der Gläubiger und Schuldner ebenso gleichmäßig gewahrt wird, als wenn im einen Fall ein Abzug am Kapital, im andern ein Zuschlag zu demselben erfolgen würde. In ähnlicher Weise schreiben neuere Gesetze — z. B. § 720 des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen — bei verfrühter (erzwungener) Zahlung einer unverzinslichen Schuld den Abzug eines in seiner Höhe gesetzlich bestimmten Zinses vor, ohne Rücksicht darauf, zu welchem Zinsfuß der Gläubiger im einzelnen Fall das Kapital anlegen kann, so daß ihm der Abzug dieses gesetzlichen Zinses bald Vorteil, bald Nachteil bringt.

Entscheidung des I. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 21. Januar 1887 in Sachen v. R. c. B.

1) Vergl. Dernburg, Preuß. Privatrecht (3. Aufl.) Bd. II, § 21.

23.

1. Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein Prokurist, welcher den gleichen Namen führt, wie die von ihm vertretene Firma, durch Unterzeichnung seines Namens einen auf die Firma gezogenen Wechsel für diese auch dann acceptiert, wenn er das Accept ohne einen die Prokura andeutenden Zusatz unterzeichnet.

2. Setzt § 16 Absatz 2 der Wechselordnung nur das Vorhandensein eines formgerechten Protestes oder auch die Giltigkeit dieses Protestes voraus?

Inhaberin der klagenden Firma Louis H. ist die Ehefrau des Louis H., Mina H., während Louis H. selbst Prokurist der Firma ist. Der Klage der Firma Louis H. wurde von dem Beklagten A. B. eine Kompensationseinrede entgegengestellt aus einem von J. J. St. auf „Herrn Louis H. Gerberei in M." gezogenen und an den Beklagten A. B. indossierten Wechsel. Der Wechsel trägt das Accept „Louis H." Das Indossament an A. B. ist erfolgt, nachdem wegen Nichtzahlung des Wechsels Protest erhoben war. In der Protesturkunde ist gesagt: der mit der Protesterhebung beauftragte Notar habe sich „in die Wohnung des Herrn Louis H., Rotgerbers" begeben, denselben dort aber nicht angetroffen. Seine anwesende Ehefrau habe erklärt, ihr Mann sei ausgegangen und habe ihr keine Mittel zur Deckung des Wechselbetrags übergeben. Gegen die Kompensationseinrede wurde repliziert: der Wechsel sei nicht Namens der Firma Louis H., sondern von Louis H. in eigenem Namen acceptiert; sodann sei das Accept ein Gefälligkeitsaccept, aus welchem der Indossant J. J. St. und hienach auch der Indossatar A. B. keinen Anspruch ableiten könne. Die Klage wurde auf Grund der Kompensationseinrede abgewiesen.

Gründe:

I. Zur Entscheidung steht lediglich die Frage, ob Beklagter auf Grund des Accepts „Louis H." auf dem Wechsel vom

20. Juni 1885 und des Indossaments vom 30. April 1886 dem an sich unbestrittenen Klaganspruch die Einrede der Kompensation entgegenhalten kann.

Wenn Klägerin die Zulässigkeit der Kompensationseinrede zunächst aus dem Grund bestreitet, weil das Accept von ihrem Prokuristen Louis H. nur für seine Person, nicht für die Firma ausgestellt worden sei, so ist dies unzutreffend. Es besteht kein Zweifel darüber, daß ein Prokurist — troß der nur als Ordnungsvorschrift gemeinten Bestimmung des Art. 44 H.G.B. — für die Firma mit deren Namen ohne Beisatz zeichnen kann. Da nun im vorliegenden Fall die Adresse des Wechsels „Herr Louis H. Gerberei", also an die Firma, lautete, so muß angenommen werden, daß das den Namen der Firma enthaltende Accept vom Bezogenen, also vom Prokuristen Louis H. Namens der Firma, ausgestellt worden ist. Daß der Trassant St. ein Accept der Firma erhalten wollte, dafür spricht schon der Umstand, daß er den Wechsel an die Firma adressiert hat. Es ist aber nunmehr auch von der Klägerin selbst zugegeben, daß der Wechsel, um ihn kursfähiger zu machen, auf die Firma Louis H. gezogen worden ist. Da aber nicht die Adresse, sondern das Accept eines Wechsels dessen Kursfähigkeit beeinflußt, so ist damit von der Klägerin zugegeben, daß der Wechsel nach der Absicht des St. und H. von letzterem Namens der Firma oder wenigstens in einer Weise, daß das Accept sich äußerlich als Accept der Firma darstellte, acceptiert werden sollte. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob Klägerin dem Trassanten St. gegenüber die Einrede der Arglist geltend machen könnte, wenn dieser sie auf Grund des Accepts belangen wollte; einem kraft eigenen Rechts klagenden Indossanten gegenüber — und ein solcher ist, wie hienach gezeigt werden wird, der Beklagte — muß sie das Accept als Accept der Firma gelten lassen, auch wenn unter „den Parteien", d. h. den Wechselparteien, St. und Louis H., wie Klägerin behaupten zu wollen scheint, vereinbart war, daß auf Grund des Accepts der Firma diese nicht in Anspruch genommen werden dürfe. Daß Beklagter

von einem solchen Abkommen Kenntnis gehabt hätte, ist nicht behauptet.

II. Da der Wechsel auf die Firma Louis H. gezogen war und deren Accept trug, mußte er dieser und nicht, wie nach dem Inhalt des vorliegenden Protests geschehen, dem Louis H. für seine Person zur Zahlung präsentiert werden. Daß ihm derselbe nicht in seiner Eigenschaft als Prokurist zur Zahlung präsentiert worden ist, erhellt unzweideutig daraus, daß die Präsentation in seiner Wohnung und, ohne daß ein Versuch gemacht wurde, von der anwesenden Inhaberin der Firma Zahlung zu erlangen, erfolgte. Der vorliegende Protest ist daher, weil nicht gegen die richtige Person erhoben, ungiltig, der Wechsel präjudiziert.

Bei einem präjudizierten Wechsel aber kann von Rechten aus dem Wechsel „gegen den Aussteller und diejenigen, welche den Wechsel bis zur Protesterhebung indossiert haben" (Art. 16 Abs. 2 W.O.) keine Rede sein. Hieraus folgt, daß ein Wechsel nur dann als „vor dem Indossament mangels Zahlung protestiert" (W.O. a. a. O.) gelten kann, wenn ein giltiger Protest vorliegt. Liegt dagegen, wie im gegenwärtigen Fall, ein ungiltiger Protest vor, so ist das nach Erhebung dieses Protests ausgestellte Indossament kein Indossament nach Protest im Sinne des Art. 16 Abs. 2, sondern ein Indossament nach Verfall im Sinne des Art. 16 Abs. 1 W.O.

Beklagter hat sonach auf Grund des St.'schen Indossaments vom 30. April 1886 nicht „nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten" erlangt, sondern „die Rechte aus dem vorhandenen Accept gegen den Bezogenen"; es können ihm also keine Einreden aus der Person des St. entgegengestellt werden. Eben weil es für den Acceptanten hinsichtlich seiner etwaigen Einreden von großer Bedeutung ist, ob ein Wechsel nach Protest oder nach Verfall indossiert worden ist, kann der Rechtssatz, daß es zur Erhaltung des Wechselanspruchs gegen den Acceptanten keiner Protesterhebung bedarf, nicht dahin ausgelegt werden, daß es in Beziehung auf

den Acceptanten gleichgiltig ist, ob ein erhobener Protest giltig ist oder nicht [1]).

Gemäß § 82 W.O. kann daher Klägerin dem auf ihr Accept gestützten Anspruch des Beklagten gegenüber nicht einwenden, daß dasselbe ein dem St. erteiltes Gefälligkeitsaccept sei; denn daß Beklagter hievon Kenntnis gehabt habe, ist nicht behauptet. Ebensowenig kann sie gegen diesen Anspruch des Beklagten eine ihr angeblich gegen St. zustehende Forderung aufrechnen.

Entscheidung des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 7. Januar 1887 in Sachen der Firma Louis H. c. A. B.

23.

Eigentumserwerb durch Stellvertreter.

Der Kläger hatte seinem Vater W. M. senior Generalvollmacht zur Verwaltung seines Vermögens und zur Vornahme von Erwerbs- und Veräußerungshandlungen aller Art erteilt. Der Vater kaufte nun — wie anzunehmen war, aus Mitteln seines Sohnes — einige Pferde und einen Leiterwagen; diese Gegenstände wurden dem Vater des Kls. alsbald übergeben und von ihm baar bezalt; hiebei wurde der über den Kauf aufgesetzten Urkunde ein Zusatz beigefügt, wonach der Verkäufer und eine weitere Person bezeugten „daß W. M. junior (der Kläger) den Kaufpreis bezalt habe."

Bald darauf wurden Pferde und Wagen bei einer im Auftrag des Bekl. gegen den Vater des Kls. eingeleiteten Zwangsvollstreckung gepfändet, wobei letzterer erklärte, diese Gegenstände seien Eigentum seines Sohns.

Kl. erhob nun gestützt auf § 690 C.P.O. Klage gegen den Bekl. auf Entlassung der erwähnten Gegenstände aus der

1) Vgl. Entscheidung des R.G. in Civilsachen I, Nr. 106.

Pfändung, indem er geltend machte, sein Vater habe das Eigentum an denselben für ihn erworben. Bekl. bestritt dies.

In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil der Beweis nicht erbracht sei, daß der Vater des Kls. dem Verkäufer in erkennbarer Weise den Willen kund gegeben habe, im Namen und auf Rechnung des Klägers zu handeln.

Das Oberlandesgericht hat dem Klagantrag entsprechend erkannt.

Aus den Gründen:

Nach dem in dieser Beziehung in Württemberg geltenden gemeinen Recht kann jemand auch in dem Fall durch einen Stellvertreter Eigentum erwerben, wenn er denselben im Allgemeinen mit der Verwaltung seines Vermögens beauftragt hat und dieser Verwalter nunmehr Gegenstände für den Vertretenen erwirbt, ohne daß letzterer Kenntnis davon hat, daß eine Sache für ihn in Besitz genommen wird. Dieser dem heutigen Rechtsbewußtsein zweifellos entsprechende Satz ergibt sich sowohl aus ausdrücklichen Aussprüchen der Gesetze (l. 49 § 2 Dig. 41, 2), als aus der ganzen Richtung, in welcher sich die Lehre von dem Erwerb durch Stellvertreter entwickelt hat [1]). Der Vater des Klägers konnte daher als dessen Vermögensverwalter auch ohne Wissen des Klägers für diesen das Eigentum an den in Frage stehenden Gegenständen erwerben.

Ob dem Verkäufer und Tradenten der Pferde und des Wagens der Wille des Vaters des Klägers, für den Kläger das Eigentum an den erkauften Gegenständen zu erwerben, erkennbar wurde, ist ohne Bedeutung. Dem Tradenten ist es im Zweifel — und war es im vorliegenden Fall sicherlich — gleichgiltig, wer das Eigentum an den übergebenen Gegenständen erlangt. Entscheidend dafür, wer Eigentümer wird, ist — in Ermanglung eines ausschließlich auf den Eigentumserwerb des Empfängers gerichteten Willens des Traden-

1) Vgl. Windscheid, Pandekten (6. Aufl.) I, § 73 hinter Note 9; § 155 bei und in Note 9 und 10 und die am letzteren Ort in Note 9 Citierten; Dernburg, Pandekten I, § 180 S. 411 lit. c.

ten — der Wille des Empfängers; es ist deshalb, wenn der Empfänger das Eigentum der übergebenen Sache für einen dritten erwerben will, keineswegs notwendig, daß er dies ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen dem Tradenten zu erkennen gibt. Die gegenteilige Annahme des ersten Richters ist irrig, nur soviel ist richtig, daß, wenn die Uebergabe auf Grund eines Rechtsgeschäfts erfolgt, das dem Empfänger Verpflichtungen gegen den Tradenten auferlegt, also z. B., wie im vorliegenden Fall, auf Grund eines Kaufs, diese Verpflichtungen gegenüber dem Tradenten denjenigen, für welchen der Empfänger Eigentum erwerben will, nur dann treffen, wenn das Rechtsgeschäft in — dem Mitkontrahenten erkennbarer Weise im Namen des Dritten abgeschlossen worden ist.

Kläger hat also, um darzuthun, daß er das Eigentum an den in Frage stehenden Gegenständen erworben hat, nur zu beweisen, daß sein Vater bei Empfangnahme dieser Gegenstände den Willen gehabt hat, das Eigentum für ihn (Kläger) zu erwerben [1]).

Es wird nun ausgeführt, daß dieser Beweis erbracht sei.

Entscheidung des Oberlandesgerichts (I. Civilsenat) vom 27. Mai 1887 in Sachen Mönch g. Hörler.

24.

Haften die Früchte einer Mehreren verpfändeten Sache ausschließlich demjenigen Pfandgläubiger, der vor Absonderung der Früchte die Schuld- oder Pfandklage erhoben hat? (Pfand-Gesetz Art. 49 Ziff. 3; Art. 112.)

1) Vgl. gegen die Ansicht Windscheid's Pandekten (6. Aufl.) § 155 Note 7 Ziff. 2 und der hier citierten Jhering und Pagenstecher die in den Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen XI, Nr. 24 S. 128—129 angeführten Schriftsteller (insbesondere Bremer a. a. O.), sowie Dernburg, Pandekten I, § 180 S. 410; s. auch Windscheid selbst a. a. O. § 172 Ziff. 4.

Den Klägern stand gegen den Spitalmüller Grimm in Bl. eine verzinsliche und mit erstem Pfandrecht auf sämtlicher Liegenschaft des Schuldners versicherte Forderung von 48,000 M. zu. Auf derselben Liegenschaft haftete sodann neben weiteren Pfandforderungen auch eine der Beklagten zustehende, mit viertem Recht versicherte Pfandforderung im Betrag von 10,000 M., und es war zu Gunsten dieser letzteren Forderung auch das bewegliche Inventar des Schuldners — dieses mit erstem Recht — mitverpfändet worden. In der Folge wurde auf Betreiben der Beklagten, welche für den Betrag ihrer Forderung Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl erwirkt hatte, von dem zuständigen Amtsgericht die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Schuldners angeordnet. In Ausführung dieser Anordnung beschloß die Vollstreckungsbehörde am 7. Juli 1885, sämtliche verpfändete Liegenschaft, wie auch die der Beklagten mitverpfändete Fahrnis zum Zwangsverkauf zu bringen, zu welchem Zweck sofort eine Verkaufskommission und ein Zwangsverwalter bestellt und der Verkaufstermin bestimmt wurde, ohne daß jedoch eine spezielle Benachrichtigung der übrigen Pfandgläubiger, insbesondere der Kläger, vorgenommen worden wäre. — In Wirklichkeit wurde nun aber der angeordnete Zwangsverkauf nicht in dem von der Vollstreckungsbehörde vorgesehenen Umfang zur Ausführung gebracht. Schon am 15. Juli 1885 war nemlich auf Anregung des Schuldners, welcher mit dem Erlös der verpfändeten Fahrnis und des heurigen Gütertrags die Forderung der Bekl. zum größeren Teil befriedigen zu können glaubte, unter Mitwirkung des Ortsvorstehers eine Vereinbarung zwischen der Beklagten und ihrem Schuldner zu Stande gekommen, wonach zunächst nur der Ertrag der Aecker und die verpfändete Fahrnis verkauft werden und weitere Schritte inzwischen ausgesetzt bleiben sollen. Dieser Vereinbarung Folge gebend, unterließ die Verkaufskommission den Verkauf der schuldnerischen Liegenschaft, indem sie sich darauf beschränkte, nur den stehenden Fruchtertrag dieser Liegenschaft, wie auch die verpfändete Fahrnis zum öffentlichen Verkauf zu bringen. Nachdem das

Ergebnis dieses Verkaufs der Beklagten eröffnet worden war, erklärte diese, „sie wolle das Zwangsvollstreckungs-Verfahren nicht weiter betrieben haben und bitte um Zuweisung des bis jetzt erzielten Erlöses“. Demgemäß beschloß die Vollstreckungsbehörde am 30. August 1885, das Verfahren nunmehr einzustellen und den erzielten Erlös über Abzug der Kosten dem betreibenden Pfandgläubiger zuzuweisen; und es wurde dieser Beschluß denn auch auf Grund einer von der Vollstreckungsbehörde gefertigten Verweisung zur Ausführung gebracht. Die Kläger, welche, nachträglich von jener Verfügung benachrichtigt, Verwahrung dagegen eingelegt hatten, unterließen zwar die gerichtliche Anfechtung der Verweisung innerhalb der ihnen hiezu von der Vollstreckungsbehörde anberaumten Frist; dagegen machten sie nunmehr, nachdem inzwischen, wie unbestritten, sämtliche Früchte vom Boden abgesondert waren, den Versuch, im Weg selbständigen Vorgehens gegen den Schuldner Befriedigung zu erlangen, indem sie selbst einen Vollstreckungsbefehl gegen denselben und die Anordnung der Zwangsvollstreckung in sein unbewegliches Vermögen erwirkten. In diesem von den Klägern betriebenen zweiten Vollstreckungsverfahren wurde nun die Liegenschaft zum Verkauf gebracht; da jedoch der Erlös nicht zu vollständiger Befriedigung ihrer Pfandforderung ausreichte, verlangten sie im Wege gerichtlicher Klage von der Beklagten die Erstattung desjenigen Betrags, welcher in dem ersten Vollstreckungs-Verfahren durch Verkauf der stehenden Früchte erlöst und von der Vollstreckungsbehörde der Beklagten zugewiesen worden war. Der Rechtsgrund dieser Ersatzforderung wurde von den Klägern in erster Linie darin gefunden, daß der Früchteerlös ihnen, den Klägern, vermöge des gesetzlichen Vorrangs ihrer Hypothek zuzuweisen gewesen wäre, daß daher die zu Gunsten der im Pfandrecht nachstehenden Beklagten getroffene Verfügung der Vollstreckungsbehörde wider die gesetzliche Ordnung verstoße, weshalb die Bekl. zur Rückgewähr des so Empfangenen an die benachteiligten Kläger verpflichtet sei.

Die Klage wurde in erster Instanz mit der aus dem

Nachfolgenden ersichtlichen Begründung abgewiesen, in zweiter Instanz aber für begründet erklärt.

In den Entscheidungsgründen der 2ten Instanz wird zunächst die Frage, ob der Verkauf der Früchte im Weg der Immobiliar-Exekution erfolgt sei, erörtert und bejaht. Auf Grund dieser Feststellung wird sodann die Ersatzpflicht der Beklagten mit Folgendem begründet:

„Ist nach dem Ausgeführten anzunehmen, daß die fraglichen Früchte zur Zeit ihres Verkaufs zum unbeweglichen Vermögen des Schuldners gehörten und im Weg der Immobiliarexekution verkauft worden sind, so ist damit freilich noch keineswegs gegeben, daß der Erlös ohne weiteres zur Unterpfandsmasse zu rechnen, und innerhalb dieser den Klägern kraft ihres Vorrechts zuzuweisen war. Denn der Umfang der Pfandmasse bestimmt sich lediglich nach den innerhalb des Pfandrechts bestehenden eigentümlichen Normen (Art. 49 ff. des Pfand-Gesetzes), und ist nicht notwendig identisch mit der bei Subhastation des Pfandgrundstücks sich ergebenden Immobiliar-Masse. Wohl aber folgt aus der an die Spitze gestellten Feststellung zunächst soviel, daß der fragliche Früchteerlös von der Vollstreckungsbehörde ganz in derselben Weise und nach denselben Grundsätzen zu verweisen war, wie dies beim Zwangsverkauf des Grund und Bodens zu geschehen gehabt hätte, daß also nach dem hier maßgebenden Art. 22 des Gesetzes vom 18. Aug. 1879 aus dem Erlöse zunächst die Kosten und die in Ziffer 1—4 bez. Realgläubiger, sodann aber „die Ansprüche der durch Unterpfänder versicherten Gläubiger aus den jedem derselben verpfändeten Grundstücken nach der gesetzlichen Ordnung (Pfand-Gesetz Art. 49—51, 53—55, 96 ff.)" berichtigt werden mußten. Als die entscheidende Frage ergibt sich hienach die, ob letzteres im vorliegenden Fall seitens der Vollstreckungsbehörde wirklich befolgt worden ist, m. a. W. ob der fragliche Früchte-Ertrag zu dem den Klägern verpfändeten unbeweglichen Vermögen des Schuldners gehörte und hienach auch der Erlös den Klägern kraft ihres Prioritätsrechts zuzuweisen war?

In voriger Instanz ist diese Frage verneint worden mit der Begründung, daß das dingliche Recht des Pfand-Gläubigers außerhalb eines Konkurses nur dann und insoweit auf die natürlichen Früchte des Pfandobjekts sich erstrecke, als er selbst vor Absonderung der Früchte die Schuld- oder Pfandklage erhoben gehabt habe. Diese Auffassung beruht jedoch auf einer Auslegung des Pfand-Gesetzes, welcher nicht beigepflichtet werden kann.

Artikel 49 Ziffer 3 des Pfand-Gesetzes bestimmt, daß das Unterpfand neben der Hauptsache auch diejenigen natürlichen Früchte in sich begreife, „welche zur Zeit der Erhebung der Schuld- oder Pfandklage noch nicht abgesondert sind, sowie diejenigen, welche von diesem Zeitpunkt an erhoben werden".

Die Zugehörigkeit der Früchte zur Pfandmasse setzt daher allerdings voraus, daß von Seite eines Pfand-Gläubigers, bevor es zur Trennung der Früchte von Grund und Boden gekommen ist, der Anspruch auf Befriedigung der Pfandforderung gerichtlich geltend gemacht worden war. Dagegen wäre es unzutreffend und dem natürlichen Verhältnis zwischen Frucht und Hauptsache widerstreitend, wenn man diese vorgängige Klageerhebung als diejenige rechtserzeugende Thatsache auffassen wollte, durch welche das Pfandrecht an den Früchten erst geschaffen wird, und zwar ausschließlich für den die Klage Erhebenden. Vielmehr sind die Früchte einer Sache, solange sie mit derselben verbunden sind und daher als pars fundi gelten, ohne weiteres dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache und damit auch einem auf dieser haftenden Pfandrecht unterworfen. Während nun aber bei Trennung der Frucht von der Hauptsache infolge der hiedurch eintretenden Mobilisierung die Früchte regelmäßig aus dem Pfandnexus ausscheiden, soll diese Folge im Falle vorgängiger Klageerhebung nicht eintreten; vielmehr soll in diesem Fall das ursprüngliche Rechtsverhältnis auch noch über den Zeitpunkt der Absonderung hinaus als fortdauernd angesehen und auch die getrennte Frucht im Verhältnis zum Pfand-Gläubiger nach wie vor als das Schicksal der Hauptsache teilend behandelt werden. Von

diesem Standpunkte aus ist es daher nicht zu billigen, wenn man die Wirkung der Klageerhebung nur eben auf denjenigen Pfandgläubiger, welcher gerade die Klage erhoben hat, mit Ausschluß aller anderen, auf dasselbe Objekt versicherten Gläubiger beschränken wollte. Ist einmal durch die Erhebung der Klage die Folge eingetreten, daß die Früchte auch im Fall ihrer Absonderung immer noch als Accessorien der Hauptsache gelten, so muß der durch den Pfandverkauf erzielte Erlös ohne Rücksicht darauf, welcher Pfandgläubiger die Klage erhoben hat, gerade so wie ein aus der Hauptsache selbst erzielter Erlös behandelt, d. h. bei Konkurrenz mehrerer auf dasselbe Objekt versicherter Gläubiger lediglich nach dem Prinzip der zeitlichen Priorität verwiesen werden. Die gegenteilige Ansicht führt zu der Konsequenz, daß ein Nachpfandgläubiger, wenn er allein Klage erhoben hat und auf diese Klage das Unterpfand angegriffen wird, trotz seines zurückstehenden Befriedigungs-Anspruchs das absolut privilegierte Zugriffsrecht auf die zur Zeit seiner Klage noch nicht fällig gewesenen Früchte ausüben könnte. Diese Konsequenz ist jedoch nicht vereinbar mit dem System des Pfand-Gesetzes, speziell nicht mit der Bestimmung des Art. 112 des Pfand-Gesetzes, wonach, wenn das Unterpfand infolge Andringens eines Nachpfandgläubigers angegriffen wird, aus dem Erlöse vor allen Dingen und ohne Unterscheidung zwischen dem Erlös aus Früchten oder aus der Substanz die vorgehenden Pfandgläubiger befriedigt werden müssen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß für mehrere Pfandgläubiger, denen ein und dasselbe Pfandobjekt verhaftet ist, auch die Pfand- und Befriedigungsmasse einheitlich und identisch sein, und nach dem Grundsatz des zit. Art. 112 verwiesen werden muß.

Ist aber dieses der Fall und gehörte hienach der Erlös aus den zur Zeit der Klage-Erhebung der Beklagten noch stehenden Früchten in die gemeinschaftliche Pfandmasse, so war die Verweisung der Vollstreckungsbehörde, durch welche mit Hintansetzung der im Pfandrecht vorgehenden Kläger jener Erlös der Beklagten zugewiesen worden ist, gegen die gesetz-

liche Ordnung verstoßend, und erscheint hienach der klägerische Ersatzanspruch als begründet."

Entscheidung des Oberlandes-Gerichts (II. Civilsenat) v. 24. März 1887 in Sachen Bodmer'sche Erben gegen Autenrieth.

25.

Zustellung durch die Post an einem andern Ort als dem in der Adresse des Briefs bezeichneten.

Zum Nachweis der Wahrung der Berufungsförmlichkeiten wurden in Sachen W. g. v. B. über die Zustellung des in erster Instanz ergangenen (Versäumnis)-Urteils folgende Urkunden vorgelegt: 1) eine Urkunde des Zustellungsbeamten in Heilbronn, wonach derselbe im Auftrag des kl.'schen Anwalts einen mit der Adresse: „v. B. zu Schaubeck" versehenen, eine Ausfertigung des Urteils enthaltenden Brief der Post mit dem in § 177 C.P.O. vorgeschriebenen Ersuchen übergeben hatte; 2) eine Urkunde eines Postboten zu Stuttgart, worin bezeugt war, daß der unter 1) erwähnte Brief, da der Adressat in seiner Wohnung nicht anzutreffen gewesen sei, einer in der Familie dienenden erwachsenen Person, nämlich dem Hausmeister Z., übergeben worden sei; 3) eine Beurkundung des Stadtpolizeiamts Stuttgart des Inhalts, daß v. B. zu der Zeit, als der unter 1) und 2) erwähnte Brief dessen Hausmeister übergeben wurde, eine Wohnung in Stuttgart inne gehabt habe; zugleich wurde darauf hingewiesen, daß auch in dem Stuttgarter Adreßbuch v. B. als in Stuttgart wohnhaft aufgeführt sei.

Der Bekl. v. B. war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht (wie auch in erster Instanz) nicht vertreten. Es wurde Versäumnisurteil gegen denselben erlassen, indem die ordnungsmäßige Zustellung des in erster Instanz ergangenen Urteils als nachgewiesen angesehen

wurde auf grund folgender Erwägungen: durch die vorgelegten Urkunden sei als erwiesen anzusehen, daß der in Frage stehende Brief dem Bekl., weil derselbe zur Zeit der Ankunft desselben zu Schaubeck sich in einer Wohnung in Stuttgart aufgehalten habe, nach Stuttgart nachgesendet worden sei. Die Post habe also — was ihr durch die Ministerialverfügung vom 20. Februar 1880 (Württ. Gerichtsbl. Bd. XVII S. 130—131) nicht verwehrt gewesen sei, auch wenn der Brief keinen Vermerk über Nachsendung erhalten habe — in Gemäßheit des § 44 der württ. Postordnung vom 14. März 1881 (Reg.-Bl. S. 21 ff.) gehandelt, wo bestimmt ist: „Hat der Adressat seinen Aufenthalts- oder Wohnort verändert, und ist sein neuer Aufenthalts- oder Wohnort bekannt, so werden ihm gewöhnliche und eingeschriebene Briefe — nachgesendet.“ Gleichgiltig sei, ob etwa in Schaubeck eine Ersatzzustellung gemäß §§ 166. 167 C.P.O. möglich gewesen wäre; denn dadurch, daß der mit der Zustellung beauftragte Postbote die Nachsendung des Briefs veranlaßt habe, statt denselben im Weg der Ersatzzustellung zuzustellen, habe derselbe jedenfalls nicht ungesetzlich gehandelt, sofern es nach den Motiven zu §§ 165—171 der C.P.O. (§§ 158—164 des Entwurfs) wie nach dem Wortlaut der §§ 166—167 C.P.O. („kann erfolgen“) seinem vernünftigen Ermessen überlassen gewesen sei, ob er von der Ersatzzustellung habe Gebrauch machen wollen; unter Umständen könne allerdings die Unterlassung einer Ersatzzustellung demjenigen, der den Auftrag zur Zustellung erteilt habe, Grund zur Beschwerde geben (so z. B. wenn in Folge dieser Unterlassung eine Notfrist versäumt worden sei), nicht aber demjenigen, an welchen die Zustellung zu erfolgen habe.

Der Umstand, daß nach § 177 C.P.O. der Zustellungsbeamte den Brief der Post mit dem Ersuchen zu übergeben habe, „die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen“, lasse die Zustellung durch den Postboten eines andern Orts, als des in der Adresse des Briefs bezeichneten, nicht als ausgeschlossen erscheinen. Denn im Sinn des Absenders komme es nicht sowohl darauf an, daß die Zustel-

lung an dem in der Adresse genannten Ort, als daß sie überhaupt — sei es im Weg der Zustellung an den Adressaten in Person oder im Weg der Ersatzzustellung — erfolge, und es sei daher im Sinn des Absenders jeder Ort, wo eine solche Zustellung erfolgen könne, als „Bestimmungsort“ des Briefs anzusehen. Es liege ja unter Umständen im höchsten Grad im Interesse der zustellenden Partei, daß die Post in der Weise, wie im vorliegenden Fall, verfahre, z. B. wenn es sich um Wahrung einer Notfrist handle und der Adressat am „Bestimmungsort“ keine Wohnung mehr habe, so daß eine Ersatzzustellung dort nicht mehr möglich sei; hier sei es offenbar im Sinn des Absenders gelegen, wenn durch sofortige Nachsendung an den jetzigen Wohnort des Adressaten die Zustellung innerhalb der Notfrist noch ermöglicht werde.

Entscheidung des Oberlandesgerichts, II. Civilsenat vom 10. Mai 1887 in S. Weiß g. v. Brüsselle-Schaubeck.

26.

Zu § 164 der Civilprozeßordnung.

Die Ausstellung der Prozeßvollmacht auf zwei Anwälte, welche da vorzukommen pflegt, wo diese, von denen der eine bei dem Landgericht, der andere bei dem Oberlandesgericht zugelassen ist, die Anwaltspraxis gemeinschaftlich betreiben, hat schon mehrfach Gelegenheit zu Beanstandungen der gegen das Urteil erster Instanz erhobenen Berufung gegeben, indem geltend gemacht wurde, die Berufungsschrift sei nicht demjenigen Anwalt zugestellt worden, welchem sie nach § 164 C.P.O. hätte zugestellt werden müssen, und es haben sich diese Zweifel auch bei der nach § 497 C.P.O. von amtswegen vorzunehmenden Prüfung der Zulässigkeit der Berufung ergeben.

Es finden sich zwei Formen solcher Vollmachten, indem nach der einen, ohne Bezeichnung der Instanz, für welche der eine oder der andere Anwalt aufgestellt wird,

„Rechts-A. A und Rechts-A. B samt und sonders ermächtigt werden, in Sachen des X gegen den Y die Rechte und Interessen des Klägers zu vertreten“,

nach der andern

„den Rechts-Anwälten A und B samt und sonders Prozeßvollmacht erteilt und, insoweit der Rechtsstreit bei dem Landgericht zu führen, der erstere, insoweit der Prozeß bei dem Oberlandesgericht zu führen ist, der letztere zum Prozeßbevollmächtigten bestellt wird.“

Vollmachten der ersteren Art lagen vor in den Berufungssachen Müller c. Müller'sche Eheleute. Urteil des 2ten Senats des Oberlandesgerichts v. 3. März 1881. Straßburg c. Weller. Urt. des 1. Senats v. 27. Dez. 1881. Wetzel c. Wetzel. Urt. des 1. Senats v. 11. März 1887. Pfisterer c. Lindenmayer. Urt. des 1. Senats v. 17. Dez. 1886.

In den zwei ersten Berufungssachen wurde seitens des Berufungsbeklagten eingewendet, die Berufung sei unzulässig, weil die Berufungsschrift dem bei dem Landgericht zugelassenen Anwalt, welcher die Sache in 1. Instanz geführt habe, zugestellt worden sei, während dieselbe dem nach der Vollmacht schon in 1. Instanz zum Prozeßbevollmächtigten bestellten, bei dem Berufungsgericht zugelassenen Anwalt hätte zugestellt werden sollen. Die Einwendung wurde verworfen und es ist bezüglich dieser zwei Entscheidungen auf das Württemb. Gerichtsblatt B. 19. S. 268 u. Seuff. Archiv B. 38 S. 459 zu verweisen.

In den zwei letztern Berufungssachen wurde umgekehrt geltend gemacht, die Berufungsschrift sei dem bei dem Oberlandesgericht zugelassenen Anwalt zugestellt worden, während sie dem bei dem Landgericht zugelassenen, welcher die Sache in 1. Inst. geführt habe, hätte zugestellt werden sollen. In beiden Fällen war die Kollektiv-Vollmacht dem Gegner mit der Klage mitgeteilt worden. Die Berufung wurde als zulässig erachtet, denn der bei dem Oberlandesgericht zugelassene Anwalt sei nach der Vollmacht für alle Instanzen bis zur gänzlichen Er-

ledigung der Sache, also auch für die zweite Instanz als Prozeßbevollmächtigter aufgestellt worden und da er auch bei dem Berufungsgericht zugelassen sei, so habe ihm auch mit Wirkung zugestellt werden können. In Sachen Wetzel c. Wetzel wurde beigefügt: Da Rechts-Anwalt L. notorisch bei dem Oberlandesgericht zugelassen sei, so sei die Auffassung der Berufungsklägerin, welche die Berufungsschrift diesem bei dem Berufungsgericht zugelassenen Anwalt hatte zustellen lassen, berechtigt gewesen, daß jeder der beiden Anwälte behufs Vertretung des Gegners bei demjenigen Gericht als Prozeßbevollmächtigter bestellt sein solle, bei welchem er zugelassen sei.

Was nun die erwähnte zweite Form der Vollmachten betrifft, so wurde durch Urteil des 1. Senats v. 14. Dez. 1880 in Sachen Schmid c. Glas die Berufung gegen das erstrichterliche Urteil als unzulässig verworfen in einem Fall, in welchem bei den Akten 1. Inst. eine von dem Beklagten ausgestellte Vollmacht lag, welche für das Verfahren vor dem Landgerichte die bei diesem zugelassenen Rechtsanwälte G. W. und C. Sch. und für die Führung des Rechtsstreits vor dem Oberlandesgericht den bei diesem zugelassenen Anwalt M. L. bevollmächtigte. Dem Kläger Berufungskläger war aber in 1. Instanz mit der Klagbeantwortungsschrift eine mit der vorerwähnten nicht übereinstimmende Vollmacht zugestellt worden, welche dahin gelautet hatte: »insbesondere wird, soweit der Rechtsstreit bei dem Landgericht Stuttgart zu führen ist, Rechtsanwalt G. W., insoweit er bei dem Oberlandesgericht zu führen ist, Rechts-A. M. L. und Rechts-A. C. Sch. zum Prozeßbevollmächtigten ernannt und jeder der beiden Anwälte ermächtigt, bei den genannten Gerichten die dem Anwaltszwang nicht unterliegenden Prozeßhandlungen selbst vorzunehmen; desgleichen ist jeder derselben befugt, bei allen Gerichten, bei welchen sie nicht zugelassen sind, als Vertreter oder als Beistand des zugelassenen Anwalts aufzutreten.“ Bei dem Oberlandesgericht war nur Rechts-A. M. L., nicht aber Rechts-A. C. Sch. zugelassen. Es wurde angenommen, daß der Berufungsklägerische

Anwalt, welcher die Zustellung der Berufungsschrift an Rechtsanwalt C. Sch. veranlaßt hatte, gewußt habe, daß letzterer nicht bei dem Oberlandesgericht zugelassen sei. Es habe demselben somit als Anwalt II. Instanz nicht zugestellt werden können. Ebensowenig habe die Zustellung an denselben als Anwalt I. Instanz erfolgen können, weil schon in der Person des Rechts-A. M. L. ein Anwalt zweiter Instanz bestellt gewesen sei und der die Zustellung bewirkende Anwalt dies gewußt habe.

In der Berufungssache Beck c. Beck, Urt. d. 1. Sen. v. 15. Okt. 1886, wurde übereinstimmend mit einem Beschluß in Sachen Ege und Epple c. Malluk, und im Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts B. 14. S. 374: „Es liegt in der Natur der Sache, daß in § 164 C.P.O. von dem Gesetze ein Bevollmächtigter gemeint ist, dessen Bestellung zum Prozeßbevollmächtigten des Gegners der betreibenden Partei durch ausdrückliche Erklärung oder klar ersichtlich konkludente Akte im Prozeß kund gethan ist", angenommen, ein solch konkludenter Akt liege noch nicht darin, wenn der Anwalt erster Instanz lediglich und ausdrücklich nur zum Nachweis seiner Bevollmächtigung in erster Instanz eine Vollmacht vorgelegt, beziehungsweise dem Gegner mitgeteilt hat, welche auch schon die Bezeichnung eines Bevollmächtigten für die zweite Instanz enthielt; es habe daher die Berufungsschrift dem Anwalt 1. Inst. mit Wirkung zugestellt werden können. Es wurde ausgeführt: „Die Mitteilung dieser Vollmacht sei beim Beginn des Prozesses in 1. Instanz, also zu einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem die Erhebung der Berufung noch nicht einmal in Frage gestanden, somit noch gar keine Veranlassung zur Bestellung eines Anwalts für die zweite Instanz vorgelegen sei; sie habe die Erbringung des nach § 76 C.P.O. erforderlichen Nachweises der Bevollmächtigung für die erste Instanz bezweckt. Unter diesen Umständen sei für die kläg. Partei in der Mitteilung der Vollmacht keine genügende Hinweisung darauf gelegen gewesen, daß der Beklagte ihr durch diese Mitteilung

den zum voraus für die zweite Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten als solchen vorgestellt haben wolle."

Die in § 164 C.P.O. vorgeschriebene Reihenfolge ist eine streng einzuhaltende. Hieraus war zu schließen, daß das Gesetz voraussetze, der betreibende Anwalt müsse auch in der Lage sein, bestimmt und unzweideutig zu erkennen, wem er zustellen zu lassen habe. Das Wissen und Wissenmüssen aber ist ein dehnbarer Begriff. Es kann eine solche Vollmacht z. B. bei Gelegenheit einer Bitte um Akteneinsicht zu den Akten erster Instanz gekommen sein. Die in einer Kollektiv-Vollmacht zu Prozeßbevollmächtigten bestellten Anwälte, denen eine Berufungsschrift zuzustellen ist, welche also den Berufungsbeklagten vertreten, haben keine Veranlassung, etwaige Zweifel, welchem von beiden zuzustellen sei, zu beseitigen. Es erschien daher gerechtfertigt, eine Zweifel übrig lassende Erklärung gegen sie auszulegen und in dem dem Berufungskläger günstigeren Sinn aufzufassen. Auch wird sich fragen, ob nicht die Feststellung, daß die Bestellung eines Anwalts dem Gegner nicht in genügender Weise zu erkennen gegeben worden sei, eine thatsächliche ist.

Es hat jedoch das Reichsgericht in der gedachten Berufungssache das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Berufung für unzulässig erklärt.

Bei der Bedeutung dieser Frage, insbesondere für die Württ. Rechtsanwälte wird diese Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. Mai 1887 in Nachstehendem veröffentlicht:

„Diese Nachprüfung führte zur Aufhebung des Zwischenurteils und folgeweise auch des Endurteils, da die Zulässigkeit der von der Klägerin eingelegten Berufung verneint werden mußte. Zwar war dem Berufungsgerichte darin beizutreten, daß der in der mit der Berufungsschrift zugestellten Abschrift der Zustellungsurkunde vorkommende Schreibfehler die Zustellung der Berufungsschrift nicht ungiltig mache [1]). Dagegen hat das Oberlandesgericht durch die Zulassung der Berufung

1) vergl. Entscheidungen in Civilsachen, Band IV. S. 433 ff.

gegen den § 164 Absatz 1 der Civilprozeßordnung verstoßen, da die Berufungsschrift nicht dem vom Beklagten für die Berufungsinstanz im Voraus bestellten Prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt St., sondern dem beklagten Prozeßbevollmächtigten erster Instanz, Rechtsanwalt G. II, zugestellt worden war. Die Bestellung des Rechtsanwalts St. war am 12. März 1886 geschehen durch Ausstellung einer gemeinsamen schriftlichen Prozeßvollmacht für ihn und den Rechtsanwalt G. II, die von dem letzteren an demselben Tage zu den Gerichtsakten des Landgerichts abgegeben wurde, und in welcher speziell bestimmt war, daß, insoweit dieser Rechtsstreit beim Landgericht Stuttgart zu führen sei, Rechtsanwalt G. II, insoweit er beim Oberlandesgericht daselbst zu führen sei, Rechtsanwalt St. Prozeßbevollmächtigter sein solle. Dem Wortlaute zufolge verlangt nun der Absatz 1 des § 164 der C.P.O. als Voraussetzung dafür, daß die Rechtsmittelschrift dem für die höhere Instanz vom Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden müsse, überhaupt weiter nichts, als daß dieser eben bestellt sei, und im Sinne der Civilprozeßordnung gehört zur „Bestellung" des Prozeßbevollmächtigten noch keineswegs die betreffende Mitteilung an den Gegner. Aber allerdings kommt nach der Natur der Sache im wahren Sinne der erwähnten Prozeßvorschrift nur ein solcher Prozeßbevollmächtigter der höheren Instanz dabei in Betracht, von dessen Bestellung der Gegner oder dessen Prozeßbevollmächtigter weiß oder doch wissen müßte [2]). Hier jedoch mußte der klägerische Anwalt erster Instanz von der Bestellung des Rechtsanwalts St. wissen, da ihm eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht durch den Rechtsanwalt G. II sofort mitgeteilt war; wenn er etwa die Echtheit der Unterschrift des Beklagten auf der Urschrift bezweifelt und insofern von der Vollmacht noch keine sichere Kunde gehabt haben sollte, so wäre es seine Sache gewesen,

1) vergl. Entscheidungen in Civilsachen, Bd. XIV S. 351.

2) vergl. Entscheidungen in Civilsachen, Bd. V S. 360, Bd. IX S. 347, Bd. XIV S. 350 f. und S. 374 f. und Bd. XVI S. 355.

die Urschrift in den Gerichtsakten einzusehen und sich Gewißheit über die Echtheit zu verschaffen, beziehungsweise weitere Nachweise zu verlangen. Im übrigen setzt die Civilprozeßordnung eben voraus, daß ein Anwalt für die zweite Instanz mit der in § 164 Absatz 1 vorgesehenen Wirkung schon vor Einlegung der Berufung im Voraus bestellt werden könne; daß diese Bestellung nicht schon vor Beendigung des Verfahrens erster Instanz geschehen könne, deutet das Gesetz in keiner Weise an [1]). Wenn aber das Oberlandesgericht in der Mitteilung der Vollmacht während des Laufes der ersten Instanz noch keine genügende Hinweisung darauf findet, daß der Beklagte der Klägerin damit den zum Voraus für die Berufungsinstanz bestellten Prozeßbevollmächtigten als solchen vorgestellt haben wolle, so trifft das deshalb nicht zu, weil eine solche besondere Vorstellung eben kein formelles Erfordernis der Anwaltsbestellung, bez. keine gesetzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 164 Absatzes 1 der Civilprozeßordnung ist. Es heißt daher dem gegnerischen Anwalte erster Instanz nicht zu viel zumuthen, wenn man verlangt, daß er sich die ihm, gleichviel in welchem Stadium des Prozesses, zur Kenntnis gekommene Bestellung eines Anwaltes für die etwaige Berufungsinstanz merke und dem etwa von ihm verschiedenen Prozeßbevollmächtigten seiner Partei für die zweite Instanz rechtzeitig mitteile. Völlig abwegig aber ist der Hinweis auf § 162 der Civilprozeßordnung, mittelst dessen von klägerischer Seite in der Revisionsverhandlung die Notwendigkeit der Zustellung der Abschrift der fraglichen Vollmacht an den gegnerischen Anwalt der Berufungsinstanz, als den für die hier in Frage kommende Instanz vom Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten, hat belegt werden sollen. Enthielte das Gesetz wirklich eine solche Vorschrift, so wäre sie widersinnig, weil es sich hier um Fälle handelt, wo das

1) Vergl. auch die Entscheidung des Reichsgerichts in der Sache II 224/85, mitgeteilt in der Juristischen Wochenschrift, Jahrg. XIV S. 353 f, und ferner Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Band XIV S. 350 f.

betreffende Rechtsmittel noch gar nicht eingelegt, folglich einerseits die Person des gegnerischen Prozeßbevollmächtigten der höhern Instanz noch gar nicht bekannt gegeben, andererseits die höhere Instanz im eigentlichen Sinne überhaupt noch nicht eröffnet ist. In Wirklichkeit enthält nun aber das Gesetz überhaupt nichts davon, daß eine Abschrift der Vollmacht dem Gegner zu irgend einem Zwecke zugestellt werden müßte — wie auch im vorliegenden Falle gar nicht eine Zustellung, sondern nur eine anderweite Mittheilung an den gegnerischen Anwalt der ersten Instanz vorgekommen ist —; ja das Gesetz stellt, wie schon dargelegt, nicht einmal eine Mitteilung an den Gegner als formelles Erfordernis auf. Insofern kommt es zwar speziell auf die Kunde des zustellenden Prozeßbevollmächtigten der höhern Instanz davon an, daß auch der Gegner schon einen Prozeßbevollmächtigten für diese Instanz bestellt habe, als jener dann giltig die Rechtsmittelschrift dem gegnerischen Prozeßbevollmächtigten der vorigen Instanz zustellt, wenn nicht nur er selbst ohne seine Schuld noch nichts von der Bestellung des gegnerischen Bevollmächtigten für die höhere Instanz weiß, sondern auch seine Partei und deren Prozeßbevollmächtigter der vorigen Instanz erst so spät in die Lage kamen, von dieser Bestellung zu erfahren, daß es ihnen nicht als Schuld angerechnet werden kann, daß sie ihren Prozeßbevollmächtigten der höhern Instanz noch nicht davon unterrichtet hatten; hieraus erklären sich die Entscheidungen des Reichsgerichts in den Entscheidungen in Civilsachen, Band V Seite 360 und Band IX Seite 347 ff. Allein im gegenwärtigen Falle kann von einer solchen Sachlage gar nicht die Rede sein, da die hier in Rede stehende Anwaltsbestellung schon unmittelbar nach dem 12. März 1886 dem klägerischen Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz mitgeteilt worden war.

Es ergibt sich also, daß es hier an einer giltigen Zustellung der Berufungsschrift, wie sie durch § 479 Abs. 1 der Civilprozeßordnung erfordert wird, gefehlt hat."

Entscheidungen des K. Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

11.

Hängt in Privatklagesachen die Rechtsgültigkeit der Stellung des Antrags auf strafrechtliche Verfolgung (St.G.B. § 61) von der Erhebung einer zulässigen Privatklage ab?
Urteil vom 10. März 1886 gegen M. G. von W. (Nr. 28).

Der Bauer G. von W. hatte wegen einer gegen seine Ehefrau von der Angeklagten begangenen Beleidigung kraft des ihm gemäß § 414, Abs. 2 der St.P.O. und § 195 des St.G.B. zustehenden selbständigen Rechts Privatklage erhoben. Ein Sühneversuch war nicht zwischen der Angeklagten und dem Privatkläger, sondern zwischen ersterer und der Ehefrau des letzteren vorgenommen worden. Durch Berufungsurteil der Strafkammer des Landgerichts H. wurde gemäß § 259, Abs. 2 der St.P.O. das Verfahren wegen Mangels des nach § 61 des St.G.B. erforderlichen Strafantrags eingestellt, indem das Berufungsgericht den stattgehabten Sühneversuch als einen Akt erklärte, welcher der Vorschrift des § 420 der St.P.O. nicht entspreche und für das anhängige Verfahren ohne Belang sei, und aussprach, daß es hienach an einer Bedingung fehle, von deren vorgängiger Erfüllung das Gesetz die Zuläßigkeit der Privatklage abhängig mache, sowie daß, weil die erhobene Privatklage unzuläßig, auch der in ihr enthaltene Strafantrag unwirksam sei.

Auf die Revision des Privatklägers erfolgte Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung aus folgenden Gründen:

Die Revision hat geltend gemacht, das angefochtene Urteil beruhe auf einer Gesetzesverletzung, indem die von dem

vorigen Richter dem § 420 der St.P.O. gegebene Auslegung eine irrtümliche sei. Hierin ist der Angriff enthalten, daß das Berufungsurteil in Folge dieser irrtümlichen Auslegung des § 420 der St.P.O. zu einer gesetzwidrigen Anwendung des § 61 des St.G.B. gelangt sei. Es wird also die Revision auf Verletzung materiellen Rechts gegründet, denn die gesetzlichen Bestimmungen über den Strafverfolgungsantrag bei Antragsdelikten sind nicht bloß prozessualer Natur, sondern gehören, da von ihnen die Bestrafung abhängt, auch dem materiellen Rechte an.

Die Anschauung des vorigen Richters geht nun davon aus, daß im Privatklagverfahren die Rechtsgültigkeit der Stellung des Strafantrags (Antrags auf Strafverfolgung gemäß § 61 des St.G.B.) von derjenigen der Privatklage, worin er enthalten ist, abhänge, was darauf zurückzuführen ist, daß dem Strafantrag in jenem Verfahren eine selbständige Bedeutung nicht zuerkannt wird. Diese Ansicht bringt es mit sich, im Privatklagverfahren den § 61 des St.G.B., obgleich die Voraussetzungen eines Strafantrags an sich vorliegen, als gewahrt weder in dem Fall anzusehen, wenn die ihn enthaltende Privatklage den Vorschriften der Strafprozeßordnung in Betreff der Erforderniße dieser Klage nicht entspricht, noch in dem Fall, wenn einem nach Vorschrift des § 156, Abs. 2 der St.P.O. gestellten Strafantrag eine Privatklage erst nach Ablauf der Antragsfrist folgt.

Man hat aber diese, allerdings in der Rechtsprechung mehrfach zur Geltung gekommene Ansicht nicht als die dem Gesetz entsprechende erfunden, ist vielmehr zu der Ansicht gelangt, daß jeder von beiden Akten, der Strafantrag und die Privatklage, selbständig zu beurteilen sei.

Wenn nämlich auch — was sich übrigens zunächst auf den Fall der Erhebung der Privatklage nach Ablehnung der Erhebung der öffentlichen Klage seitens der Staatsanwaltschaft bezieht — für die Annahme der Selbständigkeit jedes von beiden Akten eine erhebliche Bedeutung dem Umstande nicht beigelegt wird, daß bei der Beratung des Entwurfs der Straf-

prozeßordnung mit dem die subsidiäre Privatklage statuierenden § 335 desselben die hierin vorgesehene Befristung jener Klage verworfen wurde, und daß es unterblieb, eine solche Befristung in die Bestimmungen des Gesetzes über die prinzipale Privatklage aufzunehmen [1]), so ergibt sich doch aus der wesentlichen Verschiedenheit des Zwecks eines Strafantrags von dem einer Privatklage die Notwendigkeit, jeden von beiden Akten selbstständig zu beurteilen. Verschieden aber sind beide Akte insofern, als der Strafantrag lediglich bezweckt, den Willen des Antragsberechtigten, daß ein Strafverfahren eintrete, zum Ausdruck zu bringen und hiedurch die bei Antragsdelikten erforderliche Voraussetzung des Beginns eines solchen Verfahrens zu verschaffen, während die Privatklage der wirkliche Beginn der Durchführung eines Strafverfahrens, ein der öffentlichen Klage entsprechender Akt ist, ihre Erhebung den Eintritt in den Strafprozeß selbst seitens des Klägers als Prozeßpartei bedeutet.

Diese innere Verschiedenheit der beiden Akte erklärt die Verschiedenheiten, die zwischen den materiellen und formalen gesetzlichen Voraussetzungen der Stellung eines Strafantrags und denen der Erhebung einer Privatklage bestehen, so z. B. hinsichtlich der Berechtigung zu dem einen und dem anderen Akte überhaupt (§ 65 des St.G.B.; § 414, Abs. 3 der St.P.O.), hinsichtlich der Aufstellung eines Vertreters durch den Berechtigten (§ 418 der St.P.O.), der nur für die Privatklage vorgeschriebenen vorgängigen Vornahme eines Sühneversuchs (§ 420 der St.P.O.) und der Form der Geltendmachung, welche bezüglich des Strafantrags durch § 156, Abs. 2 der St.P.O., bezüglich der Privatklage durch § 421 der St.P.O. geregelt ist, wonach für die Privatklage die Erfordernisse einer Anklageschrift (§ 198, Abs. 1 der St.P.O.) aufgestellt sind.

Hieraus folgt, daß ein in eine Privatklage gekleideter Strafantrag als solcher wirksam sein kann, auch wenn die Erfordernisse einer zulässigen Privatklage nicht vorliegen, und

1) Zu vergl. Württ. Gerichtsblatt Bd. 20, S. 278—283 und Entsch. des Reichsg. in Strafsachen Bd. 3, S. 373 u. 374.

es kann dagegen nicht in Betracht kommen die Erwägung, daß nach Umständen einem Thäter, gegen den ein Strafantrag gestellt ist, ein bis gegen das Ende der Verjährungszeit fortgesetztes Zögern mit Erhebung der Privatklage empfindlich fallen kann.

Die Anschauung, auf welcher das Berufungsurteil ruht, daß nämlich ein rechtsgiltiger Strafantrag deshalb fehle, weil die (als prozessuale Voraussetzung des Beginns eines Privatklagverfahrens gegebene) Vorschrift über den Sühneversuch nicht eingehalten worden, verletzt also die gesetzlichen Vorschriften der §§ 61 und 194 des St.G.B.

12.

Ist nach dem Tode des Vaters die eheliche Mutter als gesetzliche Vertreterin des Kindes im Sinne des § 65 des St.G.B. anzusehen?

Urteil des Feriensenats vom 20. August 1886 gegen E. M. von E. (Nr. 212).

Die von der Witwe K. M. von E. erhobene Privatklage betraf eine gegen ihre 16 Jahre alte eheliche Tochter begangene Beleidigung; das beleidigte Mädchen stand unter der Vormundschaft eines dritten, der sich bei der Klagerhebung nicht beteiligt hatte. Das auf Einstellung des Verfahrens gemäß § 259 der St.P.O. lautende Berufungsurteil erachtete die Privatklägerin nicht als die gesetzliche Vertreterin der Beleidigten. Die Revision der Privatklägerin wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Die Revision macht zunächst geltend: Gegenstand einer Privatklage sei die Verfolgung von Angriffen auf die persönlichen Verhältnisse und Rechtsgüter der Menschen, der Schutz der Integrität von Leib, Ehre und Sittlichkeit; die Wahrnehmung dieser Interessen des Kindes liege nicht nur nach der Natur des Verhältnisses von Mutter zu Kind mehr in dem Willen der Mutter, sondern auch mehr in deren Wirkungskreis, als

in dem Willen und Wirkungskreis des Vormundes. Die nach des Vaters Tod zunächst der Mutter obliegende Schutzpflicht der Fürsorge für körperliches und sittliches Wohlergehen des Kindes bedinge auch die Berechtigung der Mutter, unabhängig von dem Willen des Vormundes alles das vorzunehmen, was in den Kreis dieser Fürsorgepflicht naturgemäß falle, und in denselben falle der Schutz gegen Angriffe auf die Ehre des Kindes. Allerdings spreche das Gesetz seinem Wortlaut nach dem Vater des unter seiner Gewalt stehenden Kindes die Befugnis zum Antrag auf Strafverfolgung zu; es erscheine aber „zweifellos als eine Lücke des Gesetzes, daß dieses Recht, „wenigstens in dem § 195 des St.G.B. nicht, im Falle des „Nichtvorhandenseins eines Vaters nicht auf den an dessen „Stelle tretenden Träger desselben präzisiert sei." Die Ausdehnung dieses natürlichen Rechts auf die Mutter „erscheine „in Berücksichtigung desselben natürlichen Verhältnisses, in dem „die Mutter zu dem Kind stehe, als begründet."

Dieser Ausführung steht nun zwar zunächst der § 380 der St.P.O. insofern nicht entgegen, als dem materiellen Recht angehörende Normen als verletzt bezeichnet werden, also soweit es sich um den § 195 des St.G.B. oder um die nicht bloß für den § 414 der St.P.O., sondern überhaupt für das Recht zur Stellung eines Antrags auf strafrechtliche Verfolgung maßgebende Frage der gesetzlichen Vertretung eines Minderjährigen, sohin um den § 65, Abs. 2 des St.G.B. handelt.

Die Rüge einer Verletzung des Gesetzes durch Nichtanwendung des § 195 des St.G.B. auf den vorliegenden Fall ruht nun aber lediglich auf der grundlosen Aufstellung einer vermeintlichen, in Wirklichkeit, wie sich aus § 65 des St.G.B. ergibt, gar nicht bestehenden Lücke des Gesetzes.

Aber auch der letztgedachte Gesetzesparagraph bietet für die Annahme, daß die verwittwete Mutter eines minderjährigen Kindes das Recht habe, die strafrechtliche Verfolgung wegen einer gegen ihr Kind begangenen strafbaren Handlung zu beantragen, keine Grundlage. Die Frage, wer gesetzlicher Vertreter eines Minderjährigen ist, bestimmt sich nach dem Lan-

desrecht. Nun sind zwar nach dem in Württemberg geltenden Rechte der Mutter vaterloser minderjähriger Kinder nicht bloß an deren Vermögen, sondern auch hinsichtlich ihrer persönlichen Verhältnisse, namentlich was die Erziehung derselben anbelangt, Befugnisse eingeräumt, aber keineswegs die Gesamtheit derjenigen Befugnisse, welche im Rechtsleben zu der Vertretung der Kinder nach außen dienen, sondern nur ein begrenzter Kreis von in der Hauptsache anderen Zwecken, als dem bezeichneten, dienenden Befugnissen, und es ist unzulässig, aus der „Natur des Verhältnisses von Mutter zu Kind", aus der mütterlichen Pflicht und Berechtigung zur Erziehung der Kinder das von der Revision beanspruchte Recht der Mutter zur Antragstellung ableiten zu wollen, ein Recht, das vom Gesetz einer anderen, im Allgemeinen von ihm zur Vertretung des minderjährigen Kindes nach außen berufenen Person, nämlich dem Vormund desselben eingeräumt ist.

13.

„Umstände", „Form" im Sinne des § 193 des St.G.B., Feststellung derselben.

Straffenat, Urt. v. 23. März 1887 g. F. Sch. in L. Nr. 80, von 1887.

Hierüber hat sich der Straffenat ausgesprochen, wie folgt:

„Die eingelegte Revision richtet sich gegen die wegen eines Vergehens der Beleidigung erfolgte Verurteilung des Angeklagten und wird auf Verletzung des § 193 des St.G.B. gestützt.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Angeklagte, der mit dem Privatkläger einen Rechtsstreit gehabt, in welchem er von demselben Schadensersatz für verbrannte Habersäcke gefordert, in einem Brief an den Anwalt des Privatklägers letzteren der „Hinterschlagung" der Säcke bezichtigt, daß er hiemit in Beziehung auf den Privatkläger eine Thatsache,

welche denselben verächtlich zu machen geeignet ist, ohne daß sie erweislich wahr wäre, behauptet, jedoch diese Aeußerung zur Ausführung und Verteidigung von Rechten — in dem genannten Rechtsstreit — gethan habe. Es wird sofort ausgesprochen, daß daher die Aeußerung nur insoweit strafbar sei, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus ihrer Form oder aus den Umständen, unter welchen sie geschehen, hervorgehe. Dies aber wird aus folgenden Gründen für zutreffend erachtet. Das Wort „Hinterschlagung" sei die feststehende und unzweideutige Bezeichnung des Volks für das Vergehen der Unterschlagung. Der Privatkläger werde also hiemit einer strafbaren Handlung bezichtigt und zwar einer solchen, welche nach den Umständen nicht habe in Frage kommen können. So gehe schon aus den Umständen, unter welchen die Aeußerung geschehen, das Vorhandensein einer Beleidigung hervor, ebenso übrigens aus der offenbar bewußtermaßen über die Verteidigung und Ausführung von Rechten hinausgehenden, absichtlich beleidigenden Form der Aeußerung.

Diese Begründung läßt eine richtige Auslegung der Bestimmung, daß eine zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten gethane Aeußerung strafbar sei, wofern das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Aeußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschehen, hervorgehe, nicht erkennen. Was zunächst die Folgerung aus „den Umständen, unter welchen" die Aeußerung geschehen, betrifft, so erhellt schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß hierunter nur solche Umstände verstanden sind, welche die Handlung der Aeußerung begleiten, wie die Art der Bekanntmachung, Zeit oder Ortsverhältnisse (Worte des württ. St.G.B. von 1839 Art. 290. Abs. 2). Dies zeigt auch die Zusammenstellung der „Umstände" mit der „Form" der Aeußerung, d. h. der äußeren Erscheinung der Kundgebung, der Art des Ausdrucks im weitesten Sinn des Wortes, die Gleichstellung beider Momente hinsichtlich ihrer rechtlichen Erheblichkeit, welche Gleichstellung auf eine als vorhanden erachtete Wesensgleichheit derselben hinweist. Nicht minder ergibt es sich aus dem Sinne des § 193

des St.G.B., durch welchen ausgesprochen werden soll, daß eine — Nichtachtung kundgebende und als solche von dem sich Aeußernden erkannte Aeußerung gleichwohl dann, wenn sie lediglich zu einem berechtigten Zwecke, wie dem der Ausführung eines Rechtes, geschieht, um der Rechtmäßigkeit ihres Zweckes willen straflos, daß sie nur dann strafbar sein solle, wenn die durch diesen Zweck für die Aeußerung gezogenen Berechtigungsgrenzen bewußt überschritten werden, also wenn mit der gethanen Aeußerung nicht bloß jener rechtmäßige Zweck verfolgt, sondern zugleich mit bewußter Rechtswidrigkeit die Ehre eines andern angegriffen wird, und wenn dies durch die Art und Weise der Aeußerung einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Demzufolge kann darin, daß, wie auf Grund thatsächlicher Beurteilung der Sachlage angenommen wird, eine Unterschlagung von seiten des Privatklägers nach den Umständen nicht hat in Frage kommen können, ein Umstand, unter welchem die Aeußerung geschah, nicht gefunden werden. Ueberdies besteht ein Widerspruch zwischen dieser Annahme und der Feststellung, daß der Angeklagte die Aeußerung zur Ausführung und Verteidigung von Rechten gethan habe, sofern — wie nicht zu bezweifeln — angenommen ist, eine Unterschlagung von seiten des Privatklägers habe auch für den Angeklagten nicht in Frage kommen, von ihm nicht einmal vermutet, selbst nicht als möglich gedacht werden können, unter dieser Voraussetzung aber nicht unterstellt werden kann, daß er, indem er dennoch in Verfolgung seines Anspruchs mit solchem Bezicht gegenüber dem Anwalt seines Prozeßgegners aufgetreten, die den Gegenstand dieser Anklage bildende Aeußerung „zur Ausführung eines Rechts" gethan habe. Denn nur eine Aeußerung, welche der sich Aeußernde als eine berechtigte Geltendmachung eines Rechtsanspruchs ansieht und ansehen darf, genießt den Schutz des § 193; eine solche Aeußerung liegt aber nicht vor, wenn derselbe an die Wahrheit der Thatsache, auf welche allein oder wenigstens wesentlich er seinen Anspruch stützt, nicht einmal glaubt.

Die weitere Aufstellung, daß die von dem Angeklagten bei dem Bezicht der „Hinterschlagung" gewählte **Form** der Aeußerung eine offenbar bewußtermaßen über die Verteidigung und Ausführung von Rechten hinausgehende, absichtlich beleidigende sei, läßt nicht erkennen, daß das Berufungsgericht hiebei von einer dem Sinne des Gesetzes entsprechenden Auffassung des Begriffs „Form", als der Art und Weise der Aeußerung — im Gegensatz zu deren durch den Zweck gerechtfertigten **Inhalt** — ausgegangen ist. Eine Begründung dieses Ausspruchs fehlt vollständig, kann aber nach der Beschaffenheit der Aeußerung keineswegs entbehrt werden, und dies um so weniger, als der Ausspruch, daß das Wort „Hinterschlagung" die feststehende und unzweideutige Bezeichnung des Volks für das Vergehen der Unterschlagung sei, in keiner Weise die Annahme ausdrückt, daß das Volk diese Bezeichnung dann und nur dann gebrauche, wenn es sich mittels derselben einer **beschimpfenden** Art des Ausdrucks bedienen wolle, und daß dieselbe, im vorliegenden Falle über den ihren **Inhalt** bildenden **Bezicht** hinausgehend, wirklich ein beschimpfendes Gepräge an sich trage.

Hiernach wird die erfolgte Anwendung des Strafgesetzes durch das Festgestellte nicht gerechtfertigt. Ebensowenig aber kann in den gegebenen Feststellungen eine zureichende Grundlage für eine Freisprechung des Angeklagten gefunden werden. Es ist daher das Urteil, soweit es durch die Revision angefochten ist, nebst sämtlichen ihm zu Grund liegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

14.

Fällt ein Amtsgerichtsschreiber, welcher mit einer bei dem Amtsgericht in Untersuchungshaft befindlichen Person den Beischlaf vollzieht, unter den § 174 des St.G.B.?

Strafsenat, Beschl. v. 8. Juni 1887. Nr. 141, v. 1887.

„Die Anklageschrift stellt den Angeschuldigten, welcher nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens dringend verdächtig ist, während seiner Dienststellung als Gerichtsschreiber des Amtsgerichts mit der damals bei demselben in Untersuchungshaft gewesenen R. G. von G. den Beischlaf vollzogen zu haben, zunächst unter die Z. 2 des § 174 des St.G.B., indem sie ihn, weil er in dem gegen dieselbe eingeleiteten Vorverfahren bei deren gerichtlicher Vernehmung als Protokollführer Dienste geleistet, als einen Beamten ansieht, der gegen diese Person eine Untersuchung zu führen gehabt habe. Allein diese Auffassung widerspricht sowohl dem Wortsinne, als auch dem bezüglich eines bloß bei der Beurkundung von Untersuchungshandlungen mitwirkenden Beamten nicht zutreffenden Grunde des Gesetzes, welches bei seiner Strafbestimmung von dem zwischen dem Untersuchungsbeamten und dem Beschuldigten bestehenden Gewalts-, beziehungsweise Abhängigkeitsverhältnisse ausgeht, das für letztere Person ein besonderes Schutzbedürfnis begründet.

Sodann findet die Anklage die Z. 3 des genannten Paragraphen anwendbar in den Worten „Beamte, welche in Gefängnissen beschäftigt oder angestellt sind, wenn sie mit den in das Gefängnis aufgenommenen Personen unzüchtige Handlungen vornehmen." Auch die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind in Beziehung auf einen Amtsgerichtsschreiber nicht vorhanden, weil ein solcher unzweifelhaft ein in Gefängnissen angestellter, d. h. zu einem Dienst an einem Gefängnis berufener, Beamter nicht ist, und weil nach dem Grund und Zweck des Gesetzes unter den in Gefängnissen beschäftigten Beamten nur solche verstanden sein können, welchen, wenngleich bloß vorübergehend, die Verwahrung und Verpflegung der Gefangenen einer Gefangenenanstalt oder die Beaufsichtigung der Anstalt übertragen ist, die Besorgung solcher Geschäfte aber zu den Dienstobliegenheiten des Amtsgerichtsschreibers nicht gehört, mithin ein dienstliches Verhältnis desselben zu den in das amtsgerichtliche Gefängnis aufgenommenen Personen nicht besteht, und somit für ihn der vom Ge-

setz vorausgesetzte Anlaß zur Unzucht mit diesen Personen nicht gegeben ist, wie denn auch der Angeschuldigte nur durch eigenmächtiges Wegnehmen der Gefängnisschlüssel den Zutritt zu der Gefangenen sich verschaffen konnte. Durchaus ohne Belang hinsichtlich der Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf das angezeigte Thun des Angeschuldigten ist die Stellung des Amtsgerichtsschreibers als eines Beamten des Gerichts, mit welchem das betreffende Gefängnis verbunden ist, sowie der Umstand, daß den Angeschuldigten die ihm als Gerichtsschreiber obliegende Protokollführung in einem Gefängnisgelaß — und sonstige zu seinem Geschäftskreis gehörige Dienstverrichtungen in andere, als die zur Verwahrung der Gefangenen dienende Räume des Gebäudes, in welchem die amtsgerichtlichen Gefängnisse sich befinden, führen konnten.

Hiernach ist die erhobene Beschwerde als unbegründet zu verwerfen, und hat die Staatskasse die Kosten des Rechtsmittels zu tragen."

15.

Diebstahl oder Betrug?

Strafsenat Urt. v. 8. März 1882. U.S. g. K. D. v. E. Nr. 42 v. 1882.

Die thatsächliche Annahme des Berufungsgerichts ging dahin, der Angeklagte habe in der Zeit vom Mai bis um die Mitte Novembers 1881 über acht Raummeter gehauenes Stockholz, welches Holz er dem Müller K. F. von M. verkauft und sofort an der Stelle, wo es im Wald aufgebeigt gelegen, übergeben gehabt, wissentlich rechtswidrig zu seinem Vorteil verfügt, indem er möglicherweise die Hälfte dieses Holzes zu eigenem Verbrauch abgeführt, jedenfalls und mindestens aber vier Raummeter von demselben dem F. dadurch entzogen, daß er sie an einen oder zwei Andere, B. u. J., welche er in den Glauben versetzt, daß dieses Holz sein Eigentum sei, ver-

kauft habe, worauf diese dieselben für sich abgeführt haben. — Die Strafkammer hat in dem fraglichen Handeln des Angeklagten einen Diebstahl gesehen und diese Auffassung in folgender Weise begründet: Seien diejenigen vier Raummeter Holz, welche der Angeklagte, um sie für sich zu verbrauchen, aus dem Walde fortgeschafft, von dem an F. verkauften Holze gewesen, so habe sie der Angeklagte durch die gedachte Handlung in der Absicht, sich diese fremde Sache rechtswidrig zuzueignen, dem F. weggenommen. Soweit aber das von dem Angeklagten an F. verkaufte Holz unter dem später von ihm an B. oder an J. verkauften Holze gewesen, komme in Betracht, daß der Angeklagte, um das mit diesen abgeschlossene Verkaufsgeschäft zum Vollzug zu bringen, denselben das an sie verkaufte Holz zu übergeben, solches daher, soweit es nicht zu seinem Eigentum gehört, zunächst in sein Vermögen zu bringen, d. h. sich zuzueignen, und zu dem Ende aus der Verfügungsgewalt des F. in seine eigene zu bringen gehabt und dieß dadurch gethan habe, daß er des B. oder des J., von welchen der Eine oder der Andere des Holzes durch dessen Wegnahme von der Stelle, wo es gelagert gewesen, unter Ausschließung der Verfügungsgewalt des F. sich bemächtigt, als seiner Werkzeuge sich bedient habe, wonach es rechtlich seine, in der Absicht, sich dieses fremde Holz rechtswidrig zuzueignen, geschehene Handlung gewesen, durch welche auch in diesem Falle das Holz dem Eigentümer und Inhaber weggenommen worden.

Das Revisionsgericht dagegen hat ausgesprochen, daß die (allein) für erwiesen erachtete Art der Verfügung über F.'s Eigentum nicht Diebstahl sei. Die Begründung lautet folgendermaßen:

„Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem Andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen. Wesentlich ist also eine Thätigkeit, durch welche die Sache nicht nur dem Gewahrsam des bisherigen Inhabers entzogen wird, sondern auch in den des Diebs übergeht, und, mit dieser Thätigkeit verbunden, die

rechtswidrige Absicht, durch solche Besitzergreifung die Sache sich zuzueignen. Die in den Urteilsgründen gegebene Darlegung des Sachverhalts aber, wonach B. und J., bezw. Einer derselben das betreffende Holz in gutem Glauben als ihnen rechtmäßig verkauft weg- und an sich genommen, dies also in der Absicht, das Holz sich zuzueignen, gethan haben, kann nicht als festgestellt erscheinen lassen, daß der Angeklagte, indem er die Genannten oder einen von ihnen zu einer in der eben bezeichneten Absicht geschehenen Besitznahme veranlaßte, das fragliche Holz für sich habe wegnehmen lassen, sofern er sich hiedurch nicht einmal für eine ganz kurze Zeit zu demselben in ein körperliches Verhältnis, welches ihm thatsächlich das physische Vermögen, darüber zu verfügen, gewährt hätte, versetzt hat und hat versetzen wollen. Dieser Auffassung steht nicht entgegen der in den Urteilsgründen enthaltene Ausspruch, der Angeklagte habe das fragliche Holz sich zugeeignet und zu dem Ende aus der Verfügungsgewalt des F. in seine eigene gebracht. Denn hiemit ist nicht eine thatsächliche Feststellung, sondern eine der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegende rechtliche Folgerung aus der thatsächlichen Feststellung gegeben. Fehlt es hiernach insoweit an dem gesetzlichen Merkmal der Wegnahme auf Seiten des Angeklagten, so kann unerörtert bleiben, ob wirklich und zwar ohne Rechtsirrtum seine auf Zueignung der betreffenden Sache selbst gerichtete Absicht, deren Mangel gleich dem ersteren die Stellung der That unter das Strafgesetz über den Diebstahl hindern würde, festgestellt ist. Muß demgemäß die Annahme, daß die allein festgestellte Art der rechtswidrigen Verfügung des Angeklagten über — dem F. gehöriges Holz einen Diebstahl darstelle, als rechtsirrtümlich gelten, so ist das Urteil, soweit es angefochten ist, als auf einer Verletzung des Gesetzes durch unrichtige Anwendung des Strafgesetzes beruhend aufzuheben. Uebrigens ist, weil in den diesfalls von dem Berufungsgericht für erwiesen erachteten Thatsachen die gesetzlichen Merkmale des Betrugs vollständig zu finden sind, die Sache zur anderweiten Verhandlung und

Entscheidung über die Anwendung des Gesetzes an die Strafkammer zurückzuverweisen."

16.

Rechtmäßigkeit der Amtsausübung bei dem Betreten einer mit Militärverbot belegten Wirtschaft behufs deren Revision durch eine Militärpatrouille? — St.G.B. § 113. Abs. 3. Strafsenat, Urt. v. 9. Juni 1886. U.S. g. J. J. B. in L. und G. Nr. 164 v. 1886.

Die eingelegte Revision wird auf Anfechtung der Verurteilung der Angeklagten M. B. wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt beschränkt und auf Verletzung des materiellen Rechts gestützt. Es wird geltend gemacht, daß in der den Gegenstand der Anklage bildenden Erklärung der Angeklagten eine strafbare Widerstandshandlung nicht zu erkennen sei, sofern sie von derselben lediglich in Wahrung ihres Hausrechts gethan worden, und diesem im Str.G.Buch ausdrücklich anerkannten Rechte gegenüber die Amtsausübung des mit Gewalt bedrohten Mitglieds der bewaffneten Macht nicht als eine rechtmäßige erscheine.

Das Berufungsgericht hat in Beziehung auf die gedachte Anschuldigung festgestellt, daß die Angeklagte am 25. Dezember v. Jahrs Nachts in ihrer Wirtschaft zu L. dem in Gemeinschaft mit einem Sergeanten mit Revision ihrer mit Militärverbot belegten Wirtschaft beauftragten Unteroffizier L. des Ulanenregiments —, um ihn in dieser dienstlichen Handlung zu hindern, mit der Hand zum Schlage ausholend, die Worte zugerufen:

„Sie haben hier nichts zu schaffen! wenn Sie nicht machen, daß Sie hinauskommen, schlage ich Ihnen eine Ohrfeige hin" (oder: „eins ins Gesicht")!

— wodurch sie einem Mitgliede der bewaffneten Macht in

rechtmäßiger Ausübung seines Dienstes durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand geleistet habe.

Die Aufstellung, daß die Ausübung des Dienstes, in welchem Widerstand geleistet worden, keine rechtmäßige gewesen, wird von der Revision damit begründet, daß weder das Garnisons-Kommando L., noch das Kommando des genannten Regiments, noch irgend eine andere militärische Behörde befugt sei, das bürgerliche Hausrecht gegen den Willen des Berechtigten durch Eindringen in dessen Wohnung oder Geschäftsräume oder durch Veranlassung solchen Eindringens zu alterieren, weil die Zwecke, welche die militärische Behörde mit einem Hausverbot verfolge, als lediglich das disziplinarische Verhältnis der Militärpersonen angehend, diejenigen, gegen welche das Verbot ergangen sei, nicht berühren, daß daher das ohne Genehmigung der Wirtschaftsinhaber erfolgte Betreten der Wohn- und Geschäftsräume derselben von seiten der Militärpatrouille ein widerrechtliches Eindringen und insbesondere deren Verweilen gegen den Willen der Berechtigten ein unbefugtes gewesen sei.

Thatsächlich ist festgestellt, daß die B.'schen Eheleute der Patrouille, als diese in dienstlichem Auftrag behufs der Revision ihre Wirtschaft betreten gehabt, zugerufen haben:

„Macht, daß Ihr hinauskommt, Ihr habt da nichts zu schaffen!" sowie daß auf die Drohung hin dieselbe sich angeschickt habe, aus der Wirtschaft sich zu entfernen. Ein außerhalb der Grenzen dienstlicher Thätigkeit gelegenes Verweilen ist sonach nicht festgestellt. Hinsichtlich der Berechtigung der stattgehabten dienstlichen Thätigkeit aber kommt folgendes in Betracht. Der von der Militärbehörde mit jenem Wirtschaftsverbot und folgeweise auch der mit dem in Frage stehenden dienstlichen Auftrag verfolgte Zweck war, wie auch von der Revision anerkannt wird, die Erhaltung militärischer Disziplin. Diese ist aber eine Forderung des Gemeinwohls, ihre Handhabung im öffentlichen Rechte begründet, und die Vornahme einer solchen dienstlichen Handlung, welche als ein hiezu notwendiges Mittel sich darstellt, muß als eine rechtmäßige Aus-

übung des Dienstes anerkannt werden; denn es liegt solchen Falles ein besonderes Verhältnis vor, welches den berufenen öffentlichen Organen ein Recht verleiht, in fremde Wohn- oder Geschäftsräume einzudringen. Von dieser Anschauung aus, welche unzweifelhaft auch dem Berufungsurteil zu Grund liegt, kann nicht angenommen werden, daß die erfolgte Anwendung des Strafgesetzes auf Rechtsirrtum beruhe. Die eingelegte Revision ist somit als unbegründet zu verwerfen, und nach § 505 Abs. 1 der St.P.O. sind die Kosten des Rechtsmittels der Beschwerdeführerin aufzuerlegen".

17.

„Verteidigung im Vorverfahren." Gebührenordnung für Rechtsanwälte § 67. 70. (Vergl. S. 55.)

Straffenat 22. Juni 1887. U. S. g. Ph. R. in St. u. G., wegen Diebstahls u. a. V., Nr. 151 v. 1887.

Rechtsanwalt N. hat wegen Durchstrichs seiner Anrechnung für „Thätigkeit im Vorverfahren" Beschwerde erhoben. Die hierauf ergangene Entscheidung ist folgende.

„Der bei Erlassung der im § 199 der St.P.O. vorgeschriebenen Aufforderung zum Verteidiger der Angeschuldigten W. Sch. und W. S. von Amtswegen bestellte Beschwerdeführer hat seine Anrechnung von 15 M. für „Thätigkeit im Vorverfahren" damit begründet, daß er vor Eröffnung des Hauptverfahrens die Akten eingesehen, aus denselben die nötigen Abschriften habe fertigen lassen und von jenen beiden Angeschuldigten durch Unterredung mit ihnen Instruktion eingezogen habe. Er hat überdies in seiner Beschwerdeschrift gegenüber der Annahme der Strafkammer, daß diese Handlungen lediglich den Zweck der Information zur Führung der Verteidigung im Hauptverfahren gehabt, geltend gemacht, daß sein Einziehen von Instruktion ebensowohl die Verteidigung der Angeschuldigten gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens, wie

eventuell die Ermöglichung der für die Vorbereitung der Hauptverhandlung nötigen Anträge zum Zweck gehabt habe. Als richtig anzuerkennen ist, daß die angeführte Thätigkeit im Vorverfahren entwickelt worden, und daß es hiebei des Beschwerdeführers nächste Aufgabe gewesen ist, zu prüfen, ob er die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung zu beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzubringen habe. Da jedoch diese — wie nicht zu bezweifeln, — wirklich von ihm vorgenommene Prüfung zu keinerlei Anträgen, Gesuchen oder Erklärungen geführt hat, so kann im Hinblick auf § 70 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, der kundgibt, daß zu einer Verteidigung irgend welche auf Ausübung oder Verteidigung von Parteirechten oder auf Wahrnehmung von Parteiinteressen eines Beschuldigten gerichtete erkennbare Thätigkeit eines Verteidigers erfordert wird, sowie im Hinblick auf den Zusammenhang und den Geist des Gesetzes nicht angenommen werden, daß von seiten des Beschwerdeführers eine nach Maßgabe des § 67 zu vergütende Verteidigung im Vorverfahren stattgefunden habe.

Die eingelegte Beschwerde ist sonach als unbegründet zu verwerfen, und der Beschwerdeführer hat gemäß § 505 Abs. 1 der St.P.O. die Kosten des Rechtsmittels zu tragen."

VII.

Ist gegen Personen, welche zur Zeit der Begehung der That das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, die Erlassung eines amtsrichterlichen Strafbefehls statthaft?

Zu gutächtlicher Aeußerung über diese Frage von dem

K. Justizministerium aufgefordert, hat sich der Strafsenat am 19. Januar 1881 ausgesprochen wie folgt:

„Die Frage der Statthaftigkeit amtsgerichtlicher Strafbefehle gegen Personen, welche zur Zeit der Begehung der strafbaren Handlung das 18te Lebensjahr noch nicht vollendet hatten — worüber wir uns zufolge des hohen Erlasses vom 21. vor. Monats gutächtlich zu äußern haben — ist Gegenstand der Kontroverse unter den Verfassern von Kommentaren und Lehrbüchern über den deutschen Strafprozeß.

Löwe und Dalke erklären die Erlassung eines Strafbefehls gegen Personen, welche zur Zeit der That das 18te Lebensjahr noch nicht vollendet hatten (St.G.B. § 57), für unstatthaft, weil das Gericht einen solchen Beschuldigten vor sich sehen müsse, um beurteilen (feststellen) zu können, ob er bei der That die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen habe. Aus demselben Grund wollen diese Kommentatoren auch das Ungehorsamsverfahren des § 231 der St.P.O. gegen solche Personen nicht zulassen [1]). (Die gleiche Frage könnte wohl auch erhoben werden bei dem Verfahren des § 232, bei welchem der Angeklagte nicht vor dem erkennenden Gericht, sondern nur vor einem kommissarischen Richter zu erscheinen hat, und bei dem Verfahren des § 319 der St.P.O.).

Der gleichen Ansicht ist Meves [2]) unter folgender Begründung:

„Das Gesetz gestattet, daß der Beschuldigte, wenn infolge „seines Einspruchs zur Hauptverhandlung geschritten werden „muß, in derselben sich durch einen Verteidiger vertreten lassen „kann. Da nun gegen eine Person unter 18 Jahren ein „Strafurteil nur erlassen werden darf, nachdem vorher die

---

1) Löwe, Kommentar zu § 447 N. 4. S. 874 und zu § 231 N. 2. S. 596; Dalke, Kommentar zu § 447, N. 4. S. 293 und zu § 231, N. 3. S. 153.

2) Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts II. S. 387.

„Strafreife derselben gemäß § 56 des St.G.B. ausdrücklich „festgestellt worden, behufs Ermöglichung dieser Feststellung „aber die Anwesenheit derselben in der Hauptverhandlung er„forderlich ist, somit ihre Vertretung durch einen Verteidiger „unstatthaft wird; da ferner der Strafbefehl selbst auf der „Voraussetzung vollendeter Strafreife ruht und ihm eine Unter„suchung des Geisteszustandes des Beschuldigten nicht voran„gehen kann, erscheint der Erlaß desselben gegen solche jugend„liche Person ausgeschlossen“.

Desgleichen Dochow, „der Reichsstrafprozeß“: „Ausgeschlossen ist die Erlassung eines Strafbefehls gegen „einen Beschuldigten, der das 18te Lebensjahr noch nicht voll„endet hat, da vor jeder Verurteilung desselben festgestellt „werden muß, ob er die zur Erkenntnis der Strafbarkeit einer „Handlung erforderliche Einsicht besessen hat, oder nicht.“

In gleicher Richtung, doch weniger bestimmt drückt sich der Kommentar von Bomhard, S. 325 aus: „gegen Personen, welche zur Zeit der That das 18te Lebens„jahr noch nicht vollendet hatten (St.G.B. § 57), wird die „Erlassung eines Strafbefehls nicht statthaft sein, weil das „Gericht in der Regel nur bei persönlichem Erscheinen wird „beurteilen können, ob der Angeklagte bei Begehung der That „die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht „besaß.“

Auf der andern Seite steht Schwarze in seinen „Erörterungen aus dem deutschen Strafprozeßrecht,“ wo S. 5 gesagt ist: „Der Zweifel gegen die Zulässigkeit (des Strafbefehls gegen „einen jugendlichen Verbrecher) entsteht aus der Bestimmung „in § 57 des St.G.B., nach welcher die Bestrafung einer „noch nicht 18 Jahre alten Person von der ausdrücklichen „Feststellung abhängt, daß der Thäter bei Begehung der „Handlung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche „Einsicht besessen. Diese Feststellung kann nur auf eine genaue „Untersuchung der Individualität des Thäters, der Motive „der That u. s. w. gestützt werden, sie ist aber auch in der

„Begründung des Strafbefehls unbedingt erforderlich. Wenn „nun der Zweck und Charakter des Strafbefehls gerade in „einer alsbaldigen, von vorherigen Erörterungen unabhängigen „Straffestsetzung beruht, so gewinnt es den Anschein, daß die „erwähnte Frage zu verneinen sei. Allein eine vorherige „summarische Erörterung ist weder dem Amtsanwalte, noch „dem Amtsrichter geradezu verboten. Läßt sich die Erkenntnis „der Strafbarkeit durch eine Befragung des Thäters oder „seiner Angehörigen, seiner Lehrer u. s. w. gewinnen — wo„bei auf die Natur des Delikts und die vermutliche Auffassung „derselben bei einer jugendlichen Person mit Rücksicht zu neh„men ist — so würde eine solche Befragung wohl zuläßig „sein. Ebenso können auch Vorbestrafungen des Thäters, „wie einzelne Umstände der Begehung selbst genügenden An„halt zur Feststellung der „Erkenntnis" gewähren."

Gegen diese Begründung wendet Dochow a. a. O. N. 8 ein:

„Schwarze will hier den Strafbefehl zulassen, wenn die „Erkenntnis der Strafbarkeit vorher festgestellt werden kann; „allein das soll nur durch den Richter und für jeden Fall „besonders geschehen, so daß selbst Vorbestrafungen des jugend„lichen Thäters die Feststellung der Erkenntnis in einem neuen „Falle nicht ersetzen können."

Endlich bemerkt Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, S. 871. N. 7:

„Die Kontroverse, ob ein Strafbefehl gegen einen jugendlichen „Verbrecher (§ 57 des St.G.B.) zuläßig sei [1]), entscheidet „ganz richtig der § 15 der Bayr. Minist. Bekanntmachung „vom 20. Aug. 1879, welcher sagt: gegen Personen, welche „zur Zeit der That das 18te Lebensjahr noch nicht vollendet „hatten, ist ein Strafbefehl nicht zu beantragen, sofern nicht „etwa gerichtskundig oder nach der Beschaffenheit der straf„baren Handlung . . . . mit Sicherheit anzunehmen ist, daß

---

1) Dochow, Reichsstr. Prozeß S. 274; Meves, S. 387; Schwarze, S. 5.

„dieselben die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der betreffenden „Handlung erforderliche Einsicht besitzen."

Hiemit nicht im Einklang scheint zu stehen, wenn Geyer S. 673 über das Ungehorsamsverfahren des § 231 der St.P.O. unter Berufung auf Löwe, S. 596 (s. oben), bemerkt: „Das Ungehorsamsverfahren ist unzuläßig, wenn der Ange„klagte zur Zeit der That das 18te Jahr noch nicht zurück„gelegt hatte (§ 57 St.G.B.), da das erkennende Gericht „den Angeklagten vor sich sehen muß, um beurteilen zu können, „ob er bei der That die zu der Erkenntnis ihrer Strafbarkeit „erforderliche Einsicht besessen habe [1])."

Dem Vorgetragenen zufolge wird die Zulässigkeit von Strafbefehlen gegen Beschuldigte, welche das 18te Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, unter Berufung auf § 56 des St.G.B. aus dem Grund bestritten, daß der Richter, ohne den Beschuldigten gesehen zu haben, nicht beurteilen könne, ob er bei Begehung der That die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen habe.

§ 56 des St.G.B. bestimmt, daß ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das 12te, aber nicht das 18te Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, freizusprechen ist, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß, d. h. wenn der Richter nicht die Ueberzeugung gewonnen hat, daß der Angeschuldigte zur Zeit der That diese Einsicht besessen habe. Zu bestimmen, auf welchem Weg der Richter zu dieser Ueberzeugung gelangen könne und solle, war selbstverständlich nicht Aufgabe des Strafgesetzbuchs, sondern der Strafprozeßordnung zu überlassen. Indem die letztere in dem unmittelbaren Verkehr des Gerichts mit dem Angeklagten eine wichtige Erkenntnisquelle sah, hat sie als Regel aufgestellt, daß vor dem erkennenden Gericht eine Hauptverhandlung stattfinden und der Angeklagte hiebei anwesend sein müsse [2]). Aus-

1) Die Kommentare von Thilo und Voitus sprechen sich über die angeregte Frage nicht aus.

2) St.P.O. 6ter Abschnitt und § 229.

nahmsweise ist bestimmt, daß bei geringfügigen Strafsachen die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten vor sich gehen könne, und daß sogar ohne Hauptverhandlung wenigstens ein bedingtes, (vorläufiges, antizipiertes) Strafurteil ausgesprochen werden könne, daß zwar nach Zustellung dieses Urteils der Beschuldigte eine Hauptverhandlung verlangen, daß er sich aber hiebei durch einen Verteidiger vertreten lassen könne [1]).

Der gesetzgeberische Gedanke, welcher dem besonderen Verfahren bei Strafbefehlen, wie auch dem Ungehorsamsverfahren des § 231 der St.P.O. zu grund liegt, darf nicht darin gefunden werden, daß — dem obersten Prinzip des Strafprozesses zuwider — ein Verzicht des Beschuldigten auf Herstellung materieller Wahrheit zugelassen oder fingiert wird, sondern darin, daß bei geringfügigen Strafsachen, bei welchen das Beweismaterial in der Regel sehr einfach ist und die rechtliche Beurteilung keine Schwierigkeit bietet, ein Verzicht des Beschuldigten auf persönliche Verteidigung vor dem erkennenden Gericht für statthaft zu erachten ist, sei es, daß der Beschuldigte bei der Hauptverhandlung ausbleibt, oder gegen den erlassenen Strafbefehl keinen Einspruch erhebt.

In solchen Fällen läßt es sich, unbeschadet der Forderung materieller Wahrheit, aus Rücksichten der praktischen Zweckmäßigkeit rechtfertigen, von den Formen des ordentlichen Verfahrens abzuweichen [2]).

Hienach ist davon auszugehen, daß die Strafprozeßordnung in den Fällen, in welchen sie von der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung absieht, gleichwohl den Beweis insbesondere auch der inneren Thatbestandsmerkmale eines Delikts (Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, Vorsatz), für deren Beurteilung die Vernehmung des Angeklagten be-

---

1) St.P.O. § 449—452.

2) S. besonders Motive zum Entwurf der Strafprozeßordnung §§ 375—380 (G. §§ 447—452) und §§ 193—199 (G. §§ 229—235); **Meves** a. a. O. S. 283 ff.

sonders förderlich ist, zuläßt. Daß nun das Gesetz hievon bezüglich der Verstandesreife des jugendlichen Beschuldigten, welche als ein allgemeines Thatbestandsmerkmal der strafbaren Handlung desselben aufzufassen ist [1]), eine Ausnahme machen wollte, ist nirgends ausgedrückt. Man wird aber dem Gesetzgeber diese Absicht um so weniger unterlegen dürfen, als sich nicht wird behaupten lassen, weder daß die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht und der unmittelbare Verkehr mit demselben die unbedingt und einzig sichere Erkenntnisquelle für dessen Geistesreife bilde, noch daß es unmöglich sei, dem Richter ohne seine eigene Wahrnehmung über die Persönlichkeit des Angeklagten die genügende Ueberzeugung von dessen Strafreife zu verschaffen.

Zwar muß — der oben angeführten Ansicht von Schwarze entgegen — zugegeben werden, daß die Strafprozeß-Ordnung dem Amtsrichter die Befugnis nicht einräumt, den Beschuldigten vor sich zu rufen und zu vernehmen, somit durch eigene Wahrnehmung von der Verstandesreife desselben sich Kenntnis zu verschaffen, noch auch sonst das ihm vom Amtsanwalt übermittelte Beweismaterial zu vervollständigen [2]). Vielmehr hat der Amtsrichter, wenn er Bedenken findet, die Strafe ohne Hauptverhandlung festzusetzen, die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen. St.P.O. § 448, Abs. 2.

Dagegen ist es dem Amtsanwalt nicht untersagt, vielmehr ist er durch die Analogie der über die Vorbereitung der öffentlichen Klage, an deren Stelle der Antrag auf Erlassung des Strafbefehls tritt, gegebenen Vorschriften angewiesen, zu Vorbereitung dieses Antrags Ermittelungen jeder zuläßigen Art vorzunehmen oder vornehmen zu lassen und das ge-

1) zu vergl. Urteil des W. Kassationshofs vom 13. März 1872. G. Bl. V, S. 241.

2) St.P.O. § 447, Absatz 1; Löwe zu § 447. N. 8. S. 874 und zu § 248. N. 4c. S. 876; Meves a. a. O. S. 392; Dochow a. a. O. S. 274.

sammelte Beweismaterial mit seinem Antrag dem Amtsrichter vorzulegen [1]).

Während nun im ordentlichen Verfahren das Gericht seine Ueberzeugung über die Schuld des Angeklagten aus dem Inbegriff der vor ihm vorgenommenen Verhandlung schöpft und hienach das Endurteil fällt, steht dem Amtsrichter behufs der Entscheidung über den Antrag des Amtsanwalts auf Erlassung eines Strafbefehls nur das in diesem Antrag niedergelegte Beweismaterial zu Gebot. Bei dem einen wie bei dem andern Verfahren aber ist die Ueberzeugung des Richters eine freie, an keine vom Gesetz vorgezeichnete Beweismittel und Beweisregeln gebundene. Dies gilt von den inneren, wie von den äußeren Merkmalen der strafbaren Handlung. Wäre es richtig, daß die Ueberzeugung des Gerichts von der Geistesreife des Angeklagten zur Zeit der That an die unmittelbare Verhandlung mit demselben gebunden sei, so wäre es bei einem Verbrechen, welches längere Zeit hinter der Verhandlung zurückliegt und in die Zeit der Jugend des Angeklagten fällt, nicht möglich, den Schuldbeweis herzustellen, oder aber könnte ein jugendlicher Angeklagter dadurch, daß er von seinem Recht, jede Auslassung zu verweigern, Gebrauch macht, die Herstellung des Schuldbeweises vereiteln; denn der bloße Anblick desselben wird wohl kaum dazu genügen, eine Ueberzeugung von seiner Geistesreife zu gewinnen. Auch lehrt die Erfahrung, daß ein kurzer persönlicher Verkehr mit dem Angeklagten zumal vor gesessenem Gericht und versammeltem Publikum keineswegs immer eine sichere Erkenntnisquelle für den Geisteszustand des Angeklagten ist, daß vielmehr andere Beweisgründe geeigneter sind, dem Richter die Beurteilung der Verstandesreife des Angeklagten zu ermöglichen. Dahin gehört das der unteren oder oberen gesetzlichen Grenze sich nähernde Alter des Beschuldigten, die Art der strafbaren Handlung, die Motive zu derselben,

---

1) St.P.O. §§ 151, 152, 158, 159, 168, 171, 448; **Schwarze**, Erörterungen S. 6; **Meves**, a. a. O. S. 392; **Löwe**, zu § 448. N. 1a, S. 875.

die Umstände ihrer Begehung, etwaige Vorbestrafungen, Schul- und andere Zeugnisse. Kein Gesetz hindert den Richter, aus solchen Beweisgründen seine Ueberzeugung sich zu bilden.

Zum Schutz der Beschuldigten, welche das 18te Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, und für eine sorgfältige Prüfung ihrer Geistesreife vor Erlassung gegen sie gerichteter Strafbefehle bietet das Verfahren selbst gewisse Garantien.

Nach § 449 der Strafprozeßordnung muß der Strafbefehl außer der Festsetzung der Strafe die strafbare Handlung, das angewendete Strafgesetz und die Beweismittel bezeichnen. Aus der Bedeutung des Strafbefehls als eines bedingten Strafurteils, welches unter Umständen in Rechtskraft übergeht und wenn es zur Hauptverhandlung kommt, die Grundlage derselben bildet, ist zu folgern, daß das Gesetz unter „strafbarer Handlung“ nicht etwa nur die äußere That und deren gesetzliche Merkmale begreift, sondern daß in jedem Einzelfall der gesamte Thatbestand der abzuurteilenden Handlung, somit auch das Merkmal der Strafreife des Thäters festgestellt werden muß [1]).

Hiedurch wird der Richter darauf hingewiesen, vor Erlassung eines Strafbefehls gegen jugendliche Personen deren Verstandesreife einer Prüfung zu unterziehen und, wofern in dieser Beziehung noch ein Zweifel obwaltet, die Sache zur Hauptverhandlung zu bringen.

Ebendadurch ist auch dem Amtsanwalt seine Aufgabe vorgezeichnet; er wird die Erlassung eines Strafbefehls gegen einen Beschuldigten unter 18 Jahren nur dann beantragen, wenn die That und die Persönlichkeit des Thäters, über welche, wenn nötig, Ermittlungen anzustellen sind, nach seinem Dafürhalten die Annahme rechtfertigen, daß der Beschuldigte bei Begehung der That die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen habe. Zudem ist, da der Antrag auf Erlassung eines Strafbefehls an die Stelle der Anklage

1) Meves, a. a. O. S. 393, 401; Löwe zu § 449. N. 1. S. 877; Bomhard zu § 449. N. 1 u. 2. S. 326; Schwarze Erörterungen, S. 10 ff.

und der Anklageschrift tritt und daher den Erfordernissen einer schöffengerichtlichen Anklageschrift entsprechen soll [1]), der Amtsanwalt angewiesen, in dem Antrag die gesetzlichen Merkmale der dem Angeschuldigten zur Last gelegten That, somit auch das Merkmal der Strafreife hervorzuheben und die Beweismittel hiefür zu bezeichnen. St.P.O. § 198.

Wir gelangen hienach zu dem Ergebnis, daß die Erlassung amtsgerichtlicher Strafbefehle gegen jugendliche Personen an sich statthaft ist, daß aber sowohl von seiten des Amtsanwalts behufs seines Antrags auf Erlassung eines Strafbefehls, als auch durch den Amtsrichter vor Erlassung eines solchen die geistige Reife des Beschuldigten nach Maßgabe der §§ 56 und 57 des St.G.B. einer Prüfung unterzogen werden und, falls dieselbe als vorhanden angenommen wird, dies im Antrag, beziehungsweise Strafbefehl Ausdruck finden soll.

Soweit uns bekannt, ist die Uebung bei den Amtsanwaltschaften und Amtsgerichten des Landes hinsichtlich der Strafbefehle gegen jugendliche Personen eine verschiedene. Die Amtsanwaltschaft und das Amtsgericht Stuttgart, Stadt, nahmen bisher keinen Anstand, solche Strafbefehle und zwar in zahlreichen Fällen, (vornehmlich gegen rückfällige Bettler) zu beantragen, beziehungsweise zu erlassen; es scheint für diese einfache Verfahrensweise ein wirkliches Bedürfnis vorhanden zu sein, wie es denn häufig jugendliche Personen sind, von denen solche Uebertretungen und Vergehen (Forstvergehen) begangen werden, bei welchen ein summarisches Verfahren vorzugsweise am Platz ist".

VIII.

Ist öffentliche Zustellung amtsrichterlicher Strafbefehle zulässig?

1) Löwe, S. 875. N. 1a; Bomhard, S. 324; Schwarze, a. a. O. S. 7; Meves, a. a. O. II. S. 392; Geyer, S. 872; Dochow, S. 274.

Von dem K. Justizministerium beauftragt, nach vorgängiger Vernehmung der Strafkammern der Landgerichte, sowie des Oberstaatsanwalts sich über diese Frage gutächtlich zu äußern, hat der Straffenat am 29. Januar 1881 angezeigt, daß er, mit den von seinem Referenten in dem angeschlossenen Vortrag ausgeführten Gründen einverstanden, dieselbe verneine.

Dieser Vortrag lautet:

„Die dem Straffenat zur Erwägung gegebene Frage ist die Frage nach der rechtlichen Zuläßigkeit der öffentlichen Zustellung amtsrichterlicher Strafbefehle in Forstrügesachen und in andern Strafsachen. Dieselbe wird von sämtlichen Strafkammern, sowie von sämtlichen Ersten Staatsanwälten und dem Oberstaatsanwalte — im Wesentlichen aus den gleichen Gründen — verneint, und Referent ist zu dem nämlichen Ergebnisse gelangt. Die Erwägungen, welche ihn geleitet haben, sind folgende.

Die öffentliche Zustellung einer gerichtlichen Entscheidung, auch die eines amtsrichterlichen Strafbefehls, kommt nach § 37 der St.P.O. in Verbindung mit § 186 der C.P.O. nur dann in Frage, wenn die im weiteren Sinne [1]) als persönliche zu bezeichnende regelmäßige Zustellung als unthunlich erscheint, nämlich wenn der Aufenthalt des Beschuldigten unbekannt ist, oder wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht [2]).

Eine Bestimmung darüber, daß und in welcher Weise Strafbefehle öffentlich zugestellt werden können, ist in dem das Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen regelnden 1. Abschnitte des 6. Buchs der St.P.O. nicht enthalten und ebensowenig im württ. Forststrafgesetze Art. 23 oder in der eine vereinfachte Zustellungsweise betreffenden Justizministerialverfügung vom 9. September 1879, während hinsichtlich der Zustellung von Urteilen, welche auf Grund einer Hauptverhandlung

---

1) Vergl. C.P.O. § 158, 166—169.

2) Vergl. St P.O. § 40, 320, 473, Motive S. 140.

gegen Abwesende ergangen sind, die St.P.O. in den §§ 323 und 476 Bestimmung trifft. Es fragt sich nun, ob etwa diesfalls die §§ 320 und 321 oder der § 40 Abs. 1 der St.P.O. zur Anwendung zu bringen seien.

In Betreff der § 320 und 321, in denen die Vorschriften über die Ladung eines im Sinne des § 318 als abwesend geltenden Angeklagten zur Hauptverhandlung in den Fällen, in welchen nach § 319 ausnahmsweise gegen einen Abwesenden eine Hauptverhandlung stattfinden kann, gegeben sind, könnte es sich in Beziehung auf die Zustellung eines Strafbefehls bloß um eine analoge Anwendung handeln. Allein eine solche wäre nicht statthaft. Sie müßte als die einer Ausnahmebestimmung schon an sich Bedenken erregen, und dies um so mehr, als hierin eine weit bedeutendere Abweichung von den Grundprinzipien der St.P.O. läge, — nämlich von denen des Anklageprozesses mit vollständigem rechtlichem Gehör des Angeklagten und der Mündlichkeit, — als in dem durch § 319 zugelassenen Kontumazialverfahren gegen Abwesende. Denn in letzterem folgt auf die öffentlich erlassene Ladung eine Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gerichte, in welcher für den Angeklagten ein Verteidiger auftreten kann, auch Angehörige desselben, ohne daß sie einer Vollmacht bedürfen, als Vertreter zuzulassen sind (§ 322), und eine Beweisaufnahme stattfindet, auf Grund welcher ein — öffentlich zuzustellendes (§ 323) — Urteil ergeht, gegen das auch die ebengenannten Personen von den dem Beschuldigten zustehenden Rechtsmitteln Gebrauch machen können (§ 324); ein Strafbefehl aber, der oft auf eine bloße Denunziation hin, höchstens nach staatsanwaltschaftlichen Ermittelungen, und stets ohne vorherige Zulassung des Beschuldigten oder eines Vertreters desselben zu seiner Verteidigung erlassen wird [1]), erlangt, wenn nicht binnen einer Woche nach der Zustellung Einspruch erhoben worden ist, ohne weiteres die Wirkung eines rechts-

---

1) vrgl. Verhandlg. der R. Justiz-Kommiss. in Hahn, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. III S. 1122.

kräftigen Urteils (§ 450, vrgl. mit § 449). Zudem kann in jenem Verfahren bloß auf Geldstrafe oder Einziehung erkannt, durch einen Strafbefehl dagegen darf sowohl Geldstrafe bis zu 150 M. und Einziehung, als auch eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festgesetzt werden. Noch weit bedenklicher aber wäre eine analoge Anwendung der §§ 320 und 321 auf die Zustellung eines Strafbefehls an einen Abwesenden in anderen, als den in § 319 bezeichneten Fällen, — und zu diesen anderen Fällen gehören, als wahlweise mit Freiheitsstrafen bedroht, sämtliche Forstrügesachen [1]) — sofern in solchen Strafsachen nach § 327 gegen einen Abwesenden eine Hauptverhandlung (und Urteilsfällung) nicht stattfindet, und lediglich eine einstweilige Beweisaufnahme für den Fall der künftigen Gestellung desselben erfolgen kann, also ein Kontumazialverfahren ausgeschlossen ist. — Ueberdies würde die Anwendung der Vorschriften des § 320, durch welche nach den Worten von Schwarze's [2]) ein äußerst weitschweifiger Apparat in Bewegung gesetzt wird, zu dem Strafbefehlsverfahren nicht passen, das die Motive durch den Hinweis auf seine praktische Zweckmäßigkeit empfehlen (S. 228), und das von einem Vertreter des Bundesrats bei der Beratung der Reichsjustiz-Kommission für möglichst glatt und leicht konstruiert erklärt, als dessen Zweck von einem andern Bundesratsvertreter die Herbeiführung eines raschen Resultats auf möglichst einfachem Wege angegeben wird [3]), und das auch der Kommissions-Bericht als ein vorzügliches und bewährtes Mittel zu thunlichster Abkürzung des Verfahrens in amtsrichterlichen Strafsachen rühmt [4]).

Was sodann die Frage von der Anwendbarkeit des § 40 Abs. 1 für die Zustellung von Strafbefehlen an Abwesende betrifft, so ergibt sich aus dessen Stellung unter den allgemeinen Bestimmungen und aus der Allgemeinheit seiner Fassung, daß

1) Forststrafgesetz Art. 1, vrgl. mit Art. 7, 9, 12, 16, 17.
2) Hahn a. a. O. S. 1449.
3) Hahn S. 1122.
4) ib. S. 1589.

derselbe die Form der Zustellung an den Beschuldigten für alle Arten gerichtlicher Entscheidungen festsetzt, soweit nicht entweder, wie z. B. für die Ladung Abwesender zur Hauptverhandlung in den Fällen der §§ 319 und 473, etwas Besonderes ausdrücklich vorgeschrieben ist [1]), oder auf die Nichtanwendbarkeit aus dem Wesen der betreffenden Entscheidung geschlossen werden muß. Gegen diese Auffassung kann man sich mit Grund weder darauf berufen, daß die §§ 323 und 476 für die Zustellung des Urteils die Anwendung des § 40 noch ausdrücklich anordnen — denn dies erklärt sich daraus, daß in den unmittelbar vorangehenden §§ 320—322, 473 und 474 für die Ladung zur Hauptverhandlung und letztere selbst besondere Bestimmungen gegeben worden sind —, noch darauf, daß der § 40, indem er unterscheide, ob die Ladung zur Hauptverhandlung einem Beschuldigten noch nicht, oder ob sie ihm schon vorher zugestellt gewesen, erkennen lasse, daß er bloß für solche Strafsachen gelte, in welchen regelmäßig eine Hauptverhandlung stattfinde, — denn diese Unterscheidung ist nur gemacht worden, um für das Zutreffen des ersteren Falles die im ersten Absatze, für das des letzteren die im zweiten Absatz bezeichnete Zustellungsweise vorzuschreiben [2]), und es stünde der Wortlaut des ersten Absatzes dessen Anwendung auf die Zustellung eines Strafbefehls keineswegs entgegen —, noch endlich kann man sich gegen jene Auffassung auf die Entstehungsgeschichte des § 40 berufen. In dieser Beziehung kommen, da der demselben entsprechende § 33 des Entwurfs im Plenum des Reichstags bei der 2. und 3. Beratung nicht Gegenstand einer Erörterung war [3]), einzig die betreffenden Verhandlungen der Reichsjustiz-Kommission in Betracht. Die Kommission hat bei der 1. Lesung des Entwurfs den § 33 gestrichen auf den Antrag des Abgeordneten Hauck,

1) Löwe, d. St.P.O. n. 1 zu § 40; Keller, d. St.P.O. n. 1 zu § 40.

2) Mot. S. 140.

3) Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags. 2. Leg. Periode, IV. Sess. 1876, 1. Bd. S. 417, 2. Bd. S. 957.

den er damit begründete, daß er für denselben keine Anwendung sehe, nachdem durch § 273 ff. die Hauptverhandlung und Urteilsfällung gegen Abwesende ausgeschlossen sei, und für die Ladung ausgetretener Wehrpflichtiger besondere Bestimmungen erlassen seien, — während der Vertreter des Bundesrats v. Amsberg geltend machte, daß § 33 sich auf ganz andere Fälle, als die des Verfahrens gegen Abwesende beziehe; und in 2. Lesung wurde der Paragraph gemäß einem Antrage des Abgeordneten Struckmann in der Fassung der Vorlage ohne Debatte wieder hergestellt, nachdem Hauck erklärt hatte, er sei nachträglich zu der Ueberzeugung gelangt, daß der § 33 in jedem Falle und ohne Rücksicht darauf, wie das Verfahren gegen Abwesende geregelt werde, unentbehrlich sei, da die Abwesenheit auch erst nach der Rechtskraft des Urteils eintreten könne [1]). Aus dem Angeführten kann nicht gefolgert werden, daß § 40 gegenüber abwesenden Beschuldigten im Sinne des § 318 überhaupt nicht Anwendung finde; denn wenn man auch Anstand nehmen wollte, jene Erklärung v. Amsberg's im Hinblick auf den Inhalt der zuerst erwähnten des Abgeordneten Hauck, welcher durch dieselbe entgegnet wurde, einschränkend dahin auszulegen, daß § 33 sich auf andere Fälle beziehe, als auf die Ladung von Abwesenden, auch von abwesenden Wehrpflichtigen, zur Hauptverhandlung, so hat doch die fragliche Absicht, die Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf Zustellungen an Abwesende gänzlich auszuschließen, keinerlei Ausdruck im Gesetze gefunden und wäre sie deshalb wirkungslos; die spätere Erklärung Hauck's aber, welche zur Wiederherstellung dieser Bestimmung des Entwurfs mitwirkte, zeigt, daß derselbe gerade die Zustellung an einen Abwesenden im Auge hatte.

Es läßt sich auch kein Grund denken, weshalb jede Anwendung des § 40 in Beziehung auf Zustellungen an im gesetzlichen Sinne abwesende Beschuldigte unstatthaft sein sollte, während die Anwendung desselben doch nicht bloß in den

1) Hahn, S. 1160, 1441. [1518].

Fällen der §§ 323 und 476, in welchen sie zufolge ausdrücklicher Bestimmung hinsichtlich der Urteilszustellung Platz greift, und in dem von den Motiven beispielsweise angeführten Falle des § 111 Abs. 2 d. Entw. (= § 122 Abs. 2 des Ges.), sondern auch in anderen Fällen, z. B. behufs der Aufforderung eines Abwesenden zum Erscheinen vor Gericht oder zur Anzeige seines Aufenthaltsorts (§ 330), oder behufs der Zustellung des Urteils an einen solchen außer den Fällen der §§ 323 und 476, etwa unter den Voraussetzungen des § 230 Abs. 2 oder der §§ 231 und 232, (d. h. wenn ein zur Hauptverhandlung vorschriftsmäßig Geladener nach Zustellung der Ladung ein Abwesender im Sinne des § 318 geworden), oder behufs der Ladung eines solchen zum Antritt der Strafe (§ 489 Abs. 3) ein Bedürfnis sein kann, für dessen Befriedigung eben der § 40 und nur dieser Fürsorge trifft. — Hiernach fragt es sich nun, ob und welche Gründe etwa in dem Wesen eines nach Maßgabe des § 447 erlassenen amtsrichterlichen Strafbefehls liegen, die im Falle der Unthunlichkeit einer regelmäßigen Zustellung die Anwendung des § 40 als unzuläßig erscheinen lassen. Der Grund, aus welchem das Gesetz, ungeachtet des seinen Bestimmungen über das Verfahren zu grund liegenden Strebens nach materieller Wahrheit, dem Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils verleiht, obwohl die Strafbefehle erlassen werden, ohne daß irgend eine gerichtliche Untersuchung vorhergegangen, ohne daß der Beschuldigte, wenn er nicht festgenommen oder in Haft war (§ 128, 115), zu rechtlichem Gehör zugelassen worden, möglicher Weise sogar ohne daß er auch nur von der wider ihn angebrachten Anzeige Kenntnis gehabt hat, — der Grund hievon ist nach dem klaren Inhalt der Motive (S. 228, vrgl. mit S. 181) die Annahme, daß der Angeklagte, indem er den gegen ihn ergangenen Strafbefehl anzufechten unterlassen, zuläßiger Weise auf seine Verteidigung verzichtend, sich bei demselben beruhigt habe. Nur unter der Voraussetzung solchen Verzichts soll der Strafbefehl jene Wirkung haben; in

jedem Falle — sagen die Motive (S. 228) — wird dem Beschuldigten das rechtliche Gehör gewährt, wenn er sich durch den gegen ihn ergangenen Strafbefehl beschwert fühlt, und in der bestimmten Frist nach der Bekanntmachung desselben Einspruch erhebt. Mit Rücksicht hierauf ist im § 449 angeordnet, daß der Strafbefehl eine Belehrung über den Eintritt der Vollstreckbarkeit im Falle unterbliebenen rechtzeitigen Einspruchs mitenthalte, was darauf hinweist, daß das Gesetz Herstellung der Gewißheit, daß der Beschuldigte Kenntnis von dem wider ihn erlassenen Strafbefehl erhalten habe, anstrebe, wie denn auch die Annahme, daß ein Beschuldigter, der gegen den Strafbefehl nicht Einspruch erhoben, bei demselben sich beruhigt habe, wegen des Mangels jener Gewißheit offenbar in der Regel dann gänzlich ungerechtfertigt wäre, wenn ihm der Strafbefehl nicht im regelmäßigen Wege zugestellt worden war. — Die betreffenden Verhandlungen der Reichsjustiz-Kommission [1]) und die des Reichstags [2]) ergeben unzweifelhaft, daß die bezüglichen Bestimmungen des Entwurfs in keinem anderen Sinne angenommen worden sind. — Es erscheint auch beachtenswert, daß die St.Pr.O. als Regel bestimmt, daß gegen einen (auf vorschriftsmäßige Ladung) ausgebliebenen Angeklagten, sowie daß gegen einen abwesenden Angeklagten (§ 318) eine Hauptverhandlung nicht stattfinde (§§ 229, 327) und daß sie, abgesehen von der Bestimmung im § 230 Abs. 2, wonach, wenn der Angeklagte sich aus der Verhandlung entfernt, oder bei der Fortsetzung einer unterbrochenen Hauptverhandlung ausbleibt, diese unter bestimmten Voraussetzungen in seiner Abwesenheit zu Ende geführt werden kann, und abgesehen von den Bestimmungen über das Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben (§ 473 ff.), eine Hauptverhandlung bloß in geringfügigen Strafsachen gestattet, nämlich beim Ausbleiben des Angeklagten dann, wenn die den Gegenstand der Untersuchung bildende That nur mit Geld-

1) Hahn, S. 1118 ff, 1425 ff.

2) Stenogr. Ber. a. a. O. S. 560, 991.

strafe, Haft oder Einziehung, allein oder in Verbindung mit einander, bedroht ist (§ 231), und gegen einen Abwesenden (§ 318) dann, wenn die fragliche That nur mit Geldstrafe oder Einziehung, allein oder in Verbindnng mit einander, bedroht ist (§ 319), daß für die Ladung zur Hauptverhandlung in beiderlei Fällen besondere schützende Vorschriften gegeben sind (§ 231 Abs. 2, §§ 320, 321, § 473), und daß im Verfahren gegen Abwesende das Auftreten eines Verteidigers, sowie das eines Vertreters in der Hauptverhandlung in besonderer Weise erleichtert ist (§ 322, § 474). Hiemit wäre es nun doch wohl unvereinbar, wenn derselbe Gesetzgeber eine Art der Zustellung von Strafbefehlen zuließe, durch welche nicht ein der Erfahrung gemäß genügender Nachweis der erfolgten Uebergabe einer bezüglichen Ausfertigung an den Beschuldigten, sei es mittels Behändigung an ihn selbst, oder wenigstens an eine der in den §§ 158 u. 166—169 der C.P.O. bezeichneten Personen, geliefert wird, wenn er also auf grund einer bloßen Fiktion des Verzichts auf alle Verteidigung eine ohne jegliches rechtliche Gehör erlassene Strafverfügung mit der Wirkung eines rechtskräftigen Urteils ausstatten würde. Es läge hierin die stillschweigende Aufstellung eines weiteren Kontumazialverfahrens im Widerspruch mit der als Regel angenommenen Beseitigung des Kontumazialverfahrens gegen abwesende, beziehungsweise ungehorsam ausgebliebene Verbrecher (§ 327 u. 229). Ein solcher Widerspruch wäre um so auffallender, als durch einen Strafbefehl — wenn auch Geldstrafe (anders als in den Fällen der §§ 319 u. 231) nur in einem bestimmten Maße — doch nicht bloß Geldstrafe und Haft, sondern auch Gefängnis in der Dauer von sechs Wochen festgesetzt werden kann (§ 447 Abs. 2), als ferner gegen einen Strafbefehl ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens überall nicht stattfindet [1]), und als nach § 47 einem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Einspruchsfrist eine die Vollstreckung des Strafbefehls hemmende Wirkung gesetzlich nicht zukommt,

1) Motive, S. 219; Löwe, S. 812 n. 2.

auch die Anwendung des § 40 Abs. 1 bei Zustellung eines Strafbefehls eine noch geringere Gewähr, als die des § 320, durch welchen die Art der Zustellung der Ladung eines abwesenden Angeklagten zur Hauptverhandlung bestimmt wird, dafür bieten würde, daß der Beschuldigte von dem Inhalte jener für ihn noch weit wichtigeren Verfügung wirklich Kenntnis erlange. — Außerdem spricht für die Nichtanwendbarkeit des § 40, daß auch dessen Anwendung in einem Verfahren sich nicht empfehlen würde, welches, wie das bei amtsrichterlichen Strafbefehlen, auf möglichste Einfachheit und Raschheit abzielt.

Da dem Ausgeführten zufolge eine öffentliche Zustellung von Strafbefehlen weder gemäß § 320, noch gemäß § 40 erfolgen könnte, und daher bei dem schon erwähnten Mangel einer bezüglichen besonderen Vorschrift es an einer gesetzlichen Form hiefür fehlt, so ergibt sich dem Referenten die Unzulässigkeit einer solchen Zustellungsweise für Strafbefehle, und zwar in Forstrügesachen, wie in anderen Strafsachen.

Eine gewisse Bestätigung dafür, daß dieses Ergebnis der Auffassung der St.P.O. entspricht, findet Referent noch darin, daß sämtliche ihm zugängliche, zur zeit der Erlassung der D.St.P.O. in Geltung gestandene deutsche Strafprozeßgesetze nicht bloß die Verbindung des Strafbefehls mit einer Belehrung über die Bedingung der Vollstreckbarkeit desselben vorschreiben, sondern auch durch die Art, wie sie sich über die erforderliche Zustellung desselben an den Beschuldigten aussprechen, deutlich kundgeben, daß sie eine öffentliche Zustellung ausschließen. Während die Oldenburgische St.P.O. von 1857 im Art. 382 nur allgemein davon redet, daß die Verfügung dem Beschuldigten zugestellt werde, bestimmen das Preuß. Gesetz vom 3. Mai 1852 im Art. 124 letzter Absatz: „die Verfügung wird dem Beschuldigten in beglaubigter Form zugestellt", die Hannover'sche revid. St.P.O. von 1859 im § 212 Z. 4: „der eine Verurteilung des Bezüchtigten enthaltende Strafbefehl ist demselben in schriftlicher Ausfertigung

zu behändigen" [1]), das Bayerische Einführungsgesetz zum St.G.B. von 1861 Art. 75: „die Strafverfügung ist dem Beschuldigten schriftlich zuzustellen" [2]), die Badische St.P.O. von 1864 § 316 Abs. 1: „der Strafbefehl muß dem Angezeigten in Person zugestellt werden", die Sächsische revid. St.P.O. von 1868 Art. 368a Abs. 2: „Die Verfügung, welche dem Angeschuldigten zu behändigen ist (vergl. Art. 13 Abs. 4)" rc. Art. 13: „Bekanntmachung der Entscheidungen", Abs. 4: „Die Abschrift muß, wenn gegen die Entscheidung ein aufschiebendes Rechtsmittel zulässig ist, dem Beteiligten selbst behändigt werden. Bei andern Entscheidungen kann sie in seiner Abwesenheit auch einer von den Personen zugestellt werden, welchen, statt des Beteiligten, eine Verfügung nach den Bestimmungen der bürgerlichen Prozeßgesetze gültig behändigt werden kann". (Nach Art. 368a Abs. 2 Z. 4 erlangt die Strafverfügung Rechtskraft, Falls der Bezüchtigte binnen einer zehntägigen Frist, von dem Tage der Zustellung an gerechnet, eine Einwendung dagegen nicht erhebt [3]).

IX.

Zur Auslegung von § 10 des Reichsgesetzes über den Spielkartenstempel, vom 3. Juli 1878 (R.G.Bl. S. 133).

Von

Herrn Oberfinanzrat Stumpf.

In der Wirtschaft des Gastwirts und Bierbrauers G. S. v. L. wurden am 24. April 1885 mehrere Gäste betroffen,

1) Vergl. das vorgeschriebene Formular bei Leonhardt, die Justizgesetzgebung des Kgr. Hannover, Bd. 1, S. 443—444.

2) Vergl. Minist.-Verfügung, betr. Vorschriften für die Geschäftsbehandlung in Uebertretungssachen vom 26. Mai 1862 § 20 und Formular V, VI, VII in der Schrift „das Strafverfahren im K. Bayern. Mit minist. Genehmigung" S. 178, 213—218.

3) Auch Planck, Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens S. 497 spricht von Behändigung der Strafverfügung an den Angeklagten.

wie sie mit einem sogenannten Gaigelspiel, welches sie von der Ehefrau des S. erhalten hatten, spielten. Das Gaigelspiel bestand, wie dies bei diesem Kartenspiel die Regel ist, aus zweimal je 24 Karten mit 2 Herzassen. Auf keinem der beiden Herzassen war ein Stempel sichtbar. Das Kameralamt H. erließ deshalb gegen den Gastwirt S. einen Strafbescheid, in welchem es denselben auf grund von § 10 Abs. 3 des Reichsgesetzes über den Spielkartenstempel in eine Geldstrafe von 30 ℳ verfällte. S. rief gegen diesen Strafbescheid gerichtliche Entscheidung an. Das Schöffengericht C. sprach durch Urteil vom 27. Januar 1886 den Angeklagten von der Anschuldigung einer Verfehlung gegen § 10 des Reichsgesetzes vom 3. Juli 1878 frei aus folgenden Gründen:

„Der Angeklagte hat zu seiner Verteidigung vorgebracht, als er das Kartenspiel seinerzeit gekauft habe, sei dasselbe mit einem Stempel versehen gewesen, allein dieser sei infolge des Gebrauchs der Karten und der zum Zweck der Reinigung vorgenommenen öfteren Abwaschung derselben verschwunden.

Nach § 10 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 3. Juli 1878, betreffend den Spielkartenstempel, wird bestraft, wer der Vorschrift dieses Gesetzes zuwider Karten, welche mit dem erforderlichen Stempel nicht versehen sind, feilhält, veräußert, verteilt, erwirbt, damit spielt oder solche wissentlich in Gewahrsam hat, und nach Absatz 3 werden bestraft Wirte und andere Personen, welche Gäste halten, wenn in ihren Wohnungen oder Lokalen mit ungestempelten Karten gespielt und nicht nachgewiesen wird, daß dies ohne ihr Wissen geschehen sei. Um den Sinn und die Tragweite dieser Vorschrift bestimmen zu können, hat man den Zweck des Gesetzes selbst ins Auge zu fassen.

In dieser Beziehung schreibt § 1 des Gesetzes vor: Spielkarten unterliegen einer nach Vorschrift dieses Gesetzes zu erhebenden, zur Reichskasse fließenden Stempelabgabe, und nach § 2 erfolgt die Abstempelung der Karten gegen die Entrichtung der in § 1 noch des nähern bestimmten Abgabe. Es handelt sich also um eine sogenannte Stempelsteuer, wonach

die Erhebung gewisser Abgaben in der Form des sogenannten Stempels geschieht und zwar ist dieser Stempel ein eigentlicher Steuerstempel, wie ein solcher auch in anderer Form vorkommt.

Hienach will das Gesetz denjenigen bestrafen, welcher Karten feilhält, veräußert u. s. w., die nicht in der vorgeschriebenen Weise abgestempelt sind, und bezüglich welcher die gesetzliche Abgabe nicht entrichtet worden ist. Da die letztere bezüglich jedes einzelnen Spiels nur einmal erhoben wird, und die Abstempelung an die Entrichtung der Stempelsteuer geknüpft ist, so ergibt sich, daß das Gesetz nur eine einmalige Abstempelung im Auge hat, und demnach jeder Inhaber &c. eines Spieles nur verpflichtet ist, dasselbe einmal abstempeln zu lassen.

Wenn das Gesetz demnach in § 10 von Spielkarten spricht, welche der Vorschrift dieses Gesetzes zuwider „mit dem erforderlichen Stempel nicht versehen sind" oder wie in Abs. 3 desselben § 10 von „ungestempelten Karten", so kann es damit nur solche Karten im Auge haben, hinsichtlich welcher die in § 1 vorgeschriebene Abgabe nicht entrichtet worden ist, und welche aus diesem Grunde auch den Stempel nicht erhalten haben, nicht aber können solche Karten gemeint sein, welche den vorgeschriebenen Stempel gegen Entrichtung der Abgabe erhalten haben, auf denen aber dieser aus irgend einem Grunde nicht mehr sichtbar ist. Daraus folgt, daß auch das Gesetz nicht jede Karte an sich „als mit dem Stempel nicht versehen" betrachtet, welche den letzteren nicht erkennen läßt, sondern nur eine solche, welche thatsächlich nicht gemäß § 2 abgestempelt wurde; m. a. W. der Gesetzgeber hat bei den Bestimmungen in § 10 nur den Fall im Auge, wenn die in § 2 angeordnete Abstempelung nicht erfolgt ist, und die Möglichkeit, daß ein aufgedrückter Stempel unsichtbar werden kann, hiebei gar nicht in Erwägung gezogen. Die gegenteilige Ansicht würde zu der Konsequenz führen, daß selbst dann, wenn hinsichtlich einer Karte, welche den Stempel nicht mehr erkennen läßt, der Beweis geliefert würde, daß derselbe ursprünglich aufgedrückt

war, doch die gesetzliche Strafe einzutreten hätte, weil es an dem formalen Erfordernis der Sichtbarkeit des Stempels fehlt. Es kann aber nicht die Absicht des Stempelgesetzes als eines Steuergesetzes sein, hinsichtlich einer und desselben Gegenstandes eine doppelte Besteuerung herbeizuführen; da aber die Abstempelung von der Entrichtung der Abgabe abhängig gemacht ist, würde dies thatsächlich zutreffen.

Sonach ist zur Anwendung der Bestimmungen im § 10 des Gesetzes erforderlich, daß die Karten nicht in der vorgeschriebenen Weise abgestempelt worden sind, und ist diese Thatsache, da der Angeklagte sie in Abrede zieht, besonders festzustellen.

Hinsichtlich der Frage, ob der Angeklagte das frühere Vorhandensein des Stempels nachzuweisen hat, um Straflosigkeit zu erlangen, können nur die gewöhnlichen Grundsätze über die Beweislast im Strafprozeß in Anwendung kommen. Hätte der Gesetzgeber die Straflosigkeit desjenigen, der eine Spielkarte, welche den erforderlichen Stempel nicht erkennen läßt, feilhält u. s. w., davon abhängig machen wollen, daß dieser den Nachweis führe, die Karte sei vorschriftsmäßig abgestempelt worden, so müßte diese Abweichung von den sonst geltenden Grundsätzen im Gesetz selbst ausgesprochen sein, wie dies u. a. z. B. im sog. Dynamitgesetz (§ 9) geschehen ist, woselbst die Straflosigkeit des Besitzers von Dynamit 2c. ausdrücklich durch den, dem Besitzer obliegenden Nachweis der polizeilichen Erlaubnis bedingt ist. Eine solche Bestimmung hat das Spielkartenstempelgesetz nicht, und zwar deshalb nicht, weil dasselbe von der Annahme ausgegangen ist, daß der Stempel nicht verschwinden könne.

Was den § 10 Abs. 3 des Gesetzes betrifft, so handelt dieser von dem Fall, wenn in der Wohnung oder dem Lokale eines Wirts mit Karten gespielt wird, welche nicht ihm selbst, sondern einer anderen Person gehören, denn sind die Karten Eigentum des Wirts, so ist er schon aus Abs. 2 strafbar. Daraus also, daß von dem Wirt der Nachweis gefordert wird, daß er nicht gewußt habe, es werde mit ungestempelten Karten

in seinem Lokal gespielt, folgt in keiner Weise, daß ihn auch eine Beweislast dafür trifft, wenn er geltend macht, die Karten seien vorschriftsmäßig gestempelt, denn der Nachweis, daß eine Stempelung nicht stattgefunden habe, gehört zum gesetzlichen Thatbestand der Handlung, welche in § 10 mit Strafe bedroht ist, und daß dieser Thatbestand vorliege, ist dem Angeklagten nachzuweisen.

Hiegegen kann der Umstand nicht in Betracht kommen, daß ein solcher Nachweis unter gewissen Verhältnissen schwer zu führen ist und demnach der Zweck des Gesetzes teilweise vereitelt wird; denn einmal ist es Sache der Beweiswürdigung im einzelnen Fall, ob ein Vorbringen der gedachten Art glaubhaft erscheint, und sodann muß angenommen werden, daß das Gesetz, wenn es von der Unvertilgbarkeit des aufgedrückten Stempels ausging, die Unvertilgbarkeit als durchführbar voraussetzte, sonach muß es als Sache der Stempelstelle betrachtet werden, den Stempel in einer Weise anzubringen, daß derselbe nicht zerstört werden kann.

Das Gericht hat nun mit Rücksicht darauf, daß ein solches gänzliches Verschwinden der Spielkartenstempel nach der gewöhnlichen Beschaffenheit derselben sowohl überhaupt als durchaus möglich angesehen werden muß, als auch im vorliegenden Falle eine angestellte Probe die Richtigkeit dieser Annahme ergab, einen weiteren Beweiseinzug in diesem Punkte nicht für notwendig erachtet, sondern das Schutzvorbringen des Angeklagten hinsichtlich des Verschwindens des Stempels in besonderer Berücksichtigung des Umstands, daß es sich um alte Karten handelt, welche, wie der Angeklagte glaubhaft geltend macht, schon öfters gewaschen worden sind, nicht als widerlegt angesehen.

Hienach fehlt es an dem objektiven Strafbestand der in § 10 des Gesetzes über den Spielkartenstempel mit Strafe bedrohten Handlung und war demgemäß auf Freisprechung zu erkennen."

Das Steuerkollegium, welches sich auf grund von § 467 der Reichs-Strafprozeß-Ordnung der Verfolgung angeschlossen

hatte, erhob gegen dieses Urteil Berufung an die Strafkammer des K. Landgerichts T., wobei nicht bloß der Antrag auf Verurteilung des Angeklagten überhaupt, sondern auch der weitere Antrag gestellt wurde, den Angeklagten wegen Besitzes von zwei ungestempelten Kartenspielen in die Geldstrafe von zweimal je 30 M. zu verurteilen, weil nach einem Beschluß des Bundesrats vom 1. November 1878 (s. Amtsbl. des Steuerkolleg. von 1878, S. 149) bei einem Gaigelspiel, wie das vorliegende, jedes der beiden Herzasse mit dem Reichsstempel von 30 Pfg. zu versehen gewesen wäre.

Die Strafkammer hat durch Urteil vom 19. April 1886 die von der Steuerbehörde eingelegte Berufung für teilweise begründet erklärt, demgemäß das schöffengerichtliche Urteil aufgehoben, und den Angeklagten wegen einer Verfehlung gegen das Spielkartenstempelgesetz in die Geldstrafe von 30 M. verurteilt. Hiebei ist die Strafkammer von folgenden Gründen ausgegangen:

„1. Zunächst war als außer Zweifel stehend zu erachten, daß § 1 des Gesetzes vom 3. Juli 1878 nur eine einmalige Abstempelung der Spielkarten gegen die Abgabe von 30 Pfg. für ein Kartenspiel von 36 oder weniger Blättern und von 50 Pfennig für jedes andere Spiel vorschreibt. Der § 10 des gedachten Gesetzes belegt den Besitz oder Gebrauch von Spielkarten, welche der Vorschrift des § 1 zuwider nicht mit dem erforderlichen Stempel versehen sind, für jedes Spiel mit der Strafe von 30 Mark. Hieraus folgt mit rechtlicher Notwendigkeit, daß in dem Falle, wenn der vollgültige Beweis erbracht vorläge, daß bei einem Kartenspiele der erforderliche Stempel ursprünglich vorhanden war, aber durch irgend welchen Umstand nachgehends unkenntlich oder nicht mehr sichtbar geworden ist, die Bestimmungen des § 1 bezw. 10 des gedachten Gesetzes nicht zutreffen, da eine doppelte Besteuerung desselben Gegenstandes nicht nur aus allgemeinen Rechtsgründen, sondern auch nach Maßgabe dieses Spezialgesetzes ausgeschlossen ist.

2. Ebenso selbstverständlich war die auch auf eine Verfehlung dieser Art gebotene Anwendung des allgemeinen straf-

prozessualischen Grundsatzes, daß dem Angeklagten, soll er zur Strafe gezogen werden können, der Nachweis seiner Verschuldung zu liefern ist, da eine gegenteilige, die Beweislast auf den Angeklagten überwälzende Bestimmung in dem Gesetze nicht enthalten ist.

3. Dieser Schuldbeweis ist nun auch durch das Ergebnis der heutigen Hauptverhandlung als vollständig geliefert zu erachten. Durch die Gutachten der einvernommenen Sachverständigen, von denen insbesondere der Professor Dr. Ö. eine genaue Untersuchung der betreffenden Kartenblätter mittels der Loupe, sowie Versuche des Abwaschens der Karten mittels Baumwolle und Seife angestellt hat, ist in Uebereinstimmung mit dem klaren Ergebnisse des von dem Gericht selbst vorgenommenen Augenscheins als festgestellt zu erachten, daß an keinem der beiden Herzasse je einmal ein Stempel sich befand, indem in anbetracht der überall unverwischten Farbe und dem noch vollständig erhaltenen Glanze, der Glätte und Unversehrtheit dieser Karten es als schlechthin unmöglich erkannt werden muß, daß durch etwaiges Waschen oder häufiges Benützen ein ursprünglich vorhandener Stempel in solcher Weise ohne irgend welche erkennbare Spur oder Substanzbeeinträchtigung hätte sollen getilgt werden können, eine Annahme, die dadurch noch untrüglicher wird, als es sich um zwei Kartenblätter handelt, von welchen das eine, wie das andere dasselbe Bild absoluter Unversehrtheit darstellt. Man konnte daher nicht im geringsten Bedenken tragen, den Beschuldigten, der den Erwerb und Besitz dieses Kartenspieles in keiner Weise in Abrede stellt, diesfalls einer Verfehlung gegen den § 10 Abs. 2 des gedachten Gesetzes für schuldig zu erkennen.

4. Wenn nun aber weiterhin der Nebenkläger, gestützt auf einen Beschluß des Bundesrats vom 1. November 1878, den Antrag gestellt hat, die für diese Verfehlung gesetzlich angedrohte Strafe von 30 ℳ doppelt zu erkennen, so konnte man sich nicht veranlaßt finden, diesem Antrag stattzugeben. Das sogenannte Gaigelspiel besteht, wie durch den Sachverständigen C. im wesentlichen begutachtet wurde, aus 48 Karten, welche

in ihrer Zusammengehörigkeit und gleichzeitigen Benützung nach Maßgabe der bestehenden Spielregeln ein für dieses Spiel notwendiges einheitliches Ganze bilden, und wobei der Umstand, daß je zwei Karten von gleicher Beschaffenheit vorhanden sind, ebenso unerheblich ist, wie dies bei dem sogenannten „Grabuge-Kartenspiel" der Fall zu sein scheint, welches „Kartenblätter derselben Farbe in vierfacher Wiederholung" enthält, und bezüglich dessen in der Bekanntmachung des Reichskanzleramts vom 2. November 1878 angeordnet ist, daß nur eines der vorhandenen gleichen vier Aßblätter gestempelt werden soll.

Man konnte daher nur den klaren Wortlaut des Gesetzes selbst diesfalls für maßgebend anerkennen, wonach gemäß § 1 ein Spiel von mehr als 36 Blättern die erhöhte Stempelsteuer zu bezahlen hat, im übrigen aber auf die Zahl und die Beschaffenheit der einzelnen Kartenblätter lediglich kein Gewicht gelegt ist. Demgemäß gelangte man zu der rechtlichen Anschauung, daß im gegebenen Falle nur ein einziges zu bestempelndes Spiel vorlag und mithin die Verfehlung nach § 10 des Gesetzes auch nur den einmaligen Ansatz der angedrohten Strafe nach sich ziehen kann."

Was den letzten Punkt betrifft, den Ansatz der einfachen Strafe von 30 ℳ, anstatt der doppelten Strafe von 60 ℳ, so hätte die Steuerbehörde hiewegen vielleicht Revision an das Reichsgericht erheben können, sie hat jedoch davon Umgang genommen, hauptsächlich aus dem Grunde, weil materiell im vorliegenden Falle eine Strafe von 30 ℳ genügend schien.

Was aber die Verurteilung überhaupt betrifft, so hatte die Steuerbehörde, nachdem der Angeklagte ihrem Antrag entsprechend in die Strafe verfällt worden ist, selbstverständlich keinen Anlaß ein Rechtsmittel hiegegen zu ergreifen. Gleichwohl unterliegen auch die Entscheidungsgründe der Strafkammer, soweit sie mit denjenigen des Schöffengerichts in Uebereinstimmung stehen, nach Ansicht des Steuerkollegiums erheblichen Bedenken.

Dem Steuerkollegium ist gerade damals ein ähnlicher Fall vorgelegen, in welchem dasselbe als Beschwerde-Instanz — auf

eine gegen den Strafbescheid des Kameralamts G. erhobene Beschwerde — zu entscheiden hatte. Hiebei ist das Steuerkollegium von einer wesentlich verschiedenen Auffassung ausgegangen. Es möge daher gestattet sein, auch die Entscheidung des Steuerkollegiums vom 7. Mai 1886 hier mitzuteilen:

„Der § 10 des Gesetzes über den Spielkartenstempel bestimmt in Abs. 2, daß derjenige, welcher der Vorschrift dieses Gesetzes zuwider Karten, die mit dem erforderlichen Stempel nicht versehen sind, erwerbe, damit spiele, oder solche wissentlich in Gewahrsam habe, für jedes Spiel in eine Strafe von 30 ℳ verfalle“ und weiter in Abs. 3: „daß Wirte dieselbe Strafe verwirkt haben, wenn in ihren Lokalen mit ungestempelten Karten gespielt und nicht nachgewiesen werde, daß dies ohne ihr Wissen geschehen sei.“

Bei dem Beschwerdeführer U., welcher Wirt ist, wurde nun am 9. Februar d. Js. ein aus 48 Blättern bestehendes altes Gaigelkartenspiel vorgefunden, welches von dem Beschuldigten selbst, wie er zugibt, des öftern zum Spielen mit seinen Gästen benützt wurde. Wie der Augenschein ganz unzweifelhaft ergibt, trägt von den beiden Herzassen des Spiels in dem Zustand, wie sie sich jetzt darstellen, keiner auch nur die geringste Spur eines Stempels. Dem Wortlaut nach ist daher der Beschuldigte straffällig, sofern er Karten, welche nicht mit dem erforderlichen Stempel versehen sind, wissentlich im Gewahrsam gehabt und selbst in seinem Wirtslokal mit solchen Karten gespielt hat. Er behauptet nun, die Karten seien früher gestempelt gewesen, und es habe sich der Stempel nur infolge einer im Januar d. Js. vorgenommenen Reinigung mit Unschlitt verwischt, er sei deshalb nicht strafbar. Es zeigen nun allerdings die Karten Spuren von einmaligem oder öfteren Abwaschen und Reinigen, und es wäre an sich möglich, die Person, welche nach Angabe des Beschuldigten beim Reinigen der Karten behülflich gewesen sein soll, als Zeugen darüber zu vernehmen, ob die Karten vor der Reinigung einen Stempel gehabt haben. Allein das Steuerkollegium hat sich nicht veranlaßt gesehen, hierüber Beweis einzuziehen: Denn

das Gesetz bedroht nicht die Hinterziehung der Steuer, sondern die Thatsache des Besitzes von Karten, welche nicht mit dem erforderlichen Stempel versehen sind, oder des Spielens mit ungestempelten Karten.

Diese Thatsache ist im vorliegenden Fall gegeben, und es hat der Beschuldigte sich die Folgen selbst zuzuschreiben, wenn er den Stempel, falls ein solcher je früher auf den Karten gewesen wäre, durch das Reinigen der Karten so vollständig verwischt hat, daß nicht eine Spur von demselben mehr sichtbar ist.

Würde für den Fall des Nachweises, daß die Karten früher gestempelt gewesen seien, der Beschuldigte frei gesprochen, so hätte dies die weitere Folge, daß die Karten auch nicht eingezogen werden dürften, ja daß nicht einmal dem Beschuldigten zugemutet werden könnte, die Karten neu stempeln zu lassen. Denn die Freisprechung würde sich eben darauf gründen, daß mit der ersten Abstempelung der Karten die Steuer bezahlt und eine doppelte Bezahlung der Steuer im Gesetz nicht vorgeschrieben sei. Es müßte also die fernere Benützung des fraglichen ungestempelten Gaigelspiels zum Spielen in dem Wirtslokal des Beschuldigten geduldet und so dem letzteren geradezu ein Freibrief für eine im Gesetz verbotene Handlung erteilt werden. Diese Konsequenzen können aber nicht in der Absicht des Gesetzes liegen.

Demgemäß war die Beschwerde des U., wie geschehen, zu verwerfen."

Weiter wurde dem Kameralamt zu erkennen gegeben:

„Das Gaigelkartenspiel besteht aus zwei Kartenspielen mit je 24 Karten und je einem Herzaß. Wenn nun auch das „Gaigel" genannte Spiel nur mit sämtlichen 48 Karten gespielt werden kann, so können dagegen andere landesübliche Spiele, z. B. Sechsundsechzig, schon mit jedem einzelnen der beiden aus 24 Karten bestehenden Spiele gespielt werden.

Der Bundesrat hat demnach schon am 1. Nov. 1878 beschlossen, daß jedes der beiden im Gaigelspiel von 48 Karten vorhandenen Herzasse mit dem Reichsstempel von 30 Pfg. zu versehen sei.

In einer Entscheidung vom 29. Dezember 1880 hat das Reichsgericht, III. Straffenat, ausgesprochen, daß als Spielkarten im Sinne des Gesetzes vom 3. Juli 1878 solche Karten anzusehen seien, mit welchen irgend eines der gewöhnlichen Kartenspiele gespielt werden könne, und der Bundesrat hat sich durch Beschluß vom 5. Juli 1882 dieser Definition angeschlossen [1]).

Da nun mit jedem der beiden einzelnen Kartenspiele, aus denen das Gaigelkartenspiel besteht, eines der gewöhnlichen Kartenspiele, z. B. Sechsundsechzig, gespielt werden kann, und im vorliegenden Fall keines der beiden Herzasse gestempelt war, so wäre hienach der Beschuldigte wegen Besitzes von zwei ungestempelten Kartenspielen mit der Strafe von zweimal 30 ℳ zu bestrafen gewesen. Es könnte sich daher fragen, ob nicht, da in dem Strafbescheid des Kameralamts nur wegen Eines Spiels die Strafe angesetzt ist, ein weiterer Strafbescheid wegen des zweiten Spiels auszusprechen wäre. Es kann jedoch hievon nach Lage der Sache Umgang genommen werden, da materiell eine höhere Strafe als 30 ℳ für die Verfehlung des Beschuldigten U. keinenfalls angezeigt erscheint."

X.

Kann der dem Arbeiter oder Dienstboten bereits ausbezahlte Arbeits- oder Dienstlohn an dem Tag, an welchem derselbe gesetzlich vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, gepfändet werden?

C.P.O. §. 749 Z. 1. Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns § 1.

Von

Amtsrichter Sulzer in Heidenheim.

In einer Zwangsvollstreckungssache wurde auf grund eines

1) Vergl. Erlaß des Steuerkoll. vom 28. Juli 1882 (Amtsbl. S. 280).

Vollstreckungstitels vom Gerichtsvollzieher in H. der Arbeitslohn eines Fabrikarbeiters, welcher alle 14 Tage Zahltag hat, an einem solchen gepfändet, nachdem der Arbeiter in der Fabrik denselben bereits in Empfang genommen hatte.

Die vom Arbeiter gegen diese Pfändung beim Amtsgericht H. erhobene Beschwerde wurde aus dem Grunde verworfen, weil ein von einem Fabrikarbeiter in Empfang genommener Lohn ein pfändbares Objekt bilde. Nachdem der Arbeiter gegen diese Entscheidung die sofortige Beschwerde eingelegt hat, wurde die Entscheidung des Amtsgerichts H. als ungesetzlich aufgehoben und besagen die Gründe:

„Das Amtsgericht H. hat die von dem Schuldner gegen die Pfändung seines Arbeitslohns erhobene Einwendung aus dem Grund zurückgewiesen, weil auf die Pfändung eines vom Schuldner für geleistete Arbeit schon empfangenen Lohns die Vorschrift des § 749 Z. 1 der C.P.O. sich nicht beziehe. Dieser Entscheidungsgrund beruht auf einer irrigen Auslegung des Gesetzes.

Nach § 749 Z. 1 der C.P.O. ist der Pfändung nicht unterworfen der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsges. v. 21. Juni 1869, und nach § 1 dieses Gesetzes darf die Vergütung für Arbeiten der vorliegenden Art erst mit Beschlag belegt werden, nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten ist, abgelaufen war, ohne daß der Berechtigte dieselbe eingefordert hat.

Unter dem Ausdruck „Vergütung" ist schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch keineswegs nur eine Forderung, sondern ebensowohl ein bereits empfangenes Geldäquivalent zu verstehen. Daß aber auch i. S. des gen. Gesetzes unter der „Vergütung" nicht nur der rückständige, sondern auch der an den Berechtigten ausbezahlte Lohn begriffen ist, ergibt sich aus den Verhandlungen des Reichstages über dieses Gesetz. Der § 1 des Gesetzes verdankt seine jetzige Fassung mit Ausnahme der Schlußworte („ohne daß 2c."), welche erst bei der dritten Beratung im Reichstag hinzukamen, dem Vorschlag der

Kommission des Reichstags. In dem Bericht dieser Kommission heißt es: Die Kommission habe sich veranlaßt gesehen, den Zeitpunkt der Beschlagnahme nach zwei Merkmalen zu charakterisieren, nämlich einmal nach der bereits erfolgten Leistung der Arbeiten und ferner nach der eingetretenen Fälligkeit des Lohns. Der letztere Zeitpunkt würde streng genommen mit dem Moment zusammenfallen, in welchem der Lohn ausbezahlt zu werden pflegt, doch würde das Gesetz den größten Teil seines Wertes einbüßen, wenn es dem Gläubiger, welcher die Vergütung mit Beschlag belegen will, oder dem Vollstrecker gestattete, mit dem dienstleistenden Schuldner gleichzeitig am Zahltisch zu erscheinen und statt des Schuldners den bereiten Lohn in Empfang zu nehmen oder die Auszahlung zu verhindern. Aus diesem Grunde sei der Anfangspunkt der Exekutionsfähigkeit auf den nächsten Tag nach Ablauf der Lohnperiode verlegt worden [1]).

Und der Berichterstatter der Kommission, Abgeordneter Lasker, sagte zur Erläuterung des § 1 im Reichstag folgendes:

„Die Kommission wünscht anzuordnen, daß solche Löhne nicht mit Beschlag belegt werden dürfen bis zu dem Tag n a c h der Fälligkeit. Dieses „Mitbeschlagbelegtwerden" ist nach der Absicht der Kommission identisch mit Vollstreckung der Exekution dergestalt, daß d e r e r h o b e n e L o h n a u c h n i c h t b e i d e m A r b e i t e r m i t B e s c h l a g b e l e g t w e r d e n d a r f, ehe der Tag abgelaufen ist, an welchem die Zahlung bewirkt worden ist [2])."

Nach dem Vorschlag der Kommission sollte also die Beschlagnahme des Lohns erst am Tag nach dem Zahltag, dann aber unbedingt zulässig sein.

Bei der dritten Beratung des Gesetzes im Reichstag wurden dann auf Antrag des Abgeordneten Reichensperger

1) Drucksachen des Reichstags v. 1869 Bd. III. S. 587 u. neue Justizgesetzgebung im Königreich Württemberg, Bd. IV. S. 62 unten.

2) Drucksachen des Reichstags v. 1869, Bd. II. S. 910 l. u.

dem § 1 noch die jetzigen Schlußworte (ohne daß zc.) beigefügt. Durch diese Schlußworte wird bestimmt, daß die Beschlagnahme der Vergütung nach dem Ablaufe des Zahltags nur dann zulässig sein soll, wenn der Vergütungsberechtigte die Vergütung von dem Arbeitgeber nicht eingefordert hat.

Unter dem Einfordern ist, wie sich aus der Rede des Antragstellers im Reichstag unzweifelhaft ergibt, nur der Fall zu verstehen, wenn der Arbeiter den Lohn fordert, aber nicht erhält, denn durch die Schlußworte des § 1 soll nach den Worten des Antragstellers Vorsorge getroffen werden, daß der Arbeiter nicht vom Arbeitgeber abhängig, sondern den gesetzlichen Schutz so lange genieße, als er nicht selbst zu erkennen gegeben hat, daß er dem Arbeitgeber Kredit erteilen will, indem er seinen Lohn am Zahltag nicht einfordert [1]). Hat also der Arbeiter den Lohn am Zahltag gefordert, aber nicht erhalten, so ist die Beschlagnahme auch nach dem Zahltag unzulässig, hat dagegen der Arbeiter den Lohn am Zahltag nicht gefordert, so ist die Beschlagnahme seiner Lohnforderung vom Zahltag an zulässig. Für den dritten Fall, wenn der Arbeiter wie in der vorliegenden Sache, am Zahltag seine Vergütung gefordert und erhalten hat, sind die Schlußworte des § 1 von keiner Bedeutung.

Denn da unter dem „Einfordern", wie gezeigt wurde, ein vergebliches Fordern zu verstehen ist, so wollte der Gesetzgeber durch die Schlußworte des § 1 die Unzulässigkeit der Beschlagnahme nur für den Fall, wenn der Arbeiter seine Vergütung vom Arbeitgeber noch zu bekommen hat, nicht aber für den Fall, wenn ihm die Vergütung bereits ausgezahlt ist, über denjenigen Zeitpunkt hinaus erstrecken, welcher nach dem übrigen Inhalt des § 1 maßgebend sein soll. Keineswegs aber kann daraus, daß die Schlußworte des § 1 ohne Bedeutung sind für den Fall, wenn der Lohn dem Arbeiter ausbezahlt wurde, geschlossen werden, daß überhaupt der § 1 nur Vergütungs-

1) Vergl. Drucks. des Reichstags v. 1869, Bd. II. S. 980; Bezold, Gesetzgebung des deutschen Reichs Bd. I. S. 118—120.

forderungen, nicht auch ausbezahlte Vergütungen betreffe, denn für diese Folgerung fehlt es an jedem Anhaltspunkte in der Entstehungsgeschichte jener Schlußworte des § 1, und das Gegenteil ergibt sich mit Sicherheit aus dem oben angeführten Kommissionsbericht und den Erläuterungen des Berichterstatters im Reichstag.

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführung ist, daß nicht nur die Pfändung einer Vergütungsforderung, sondern auch die Pfändung einer ausbezahlten Vergütung erst zulässig ist, nachdem der Tag, an welchem die Vergütung zu entrichten war, abgelaufen ist." — — — —

Gegen diese Auslegung des cit. § 1 sprechen sehr gewichtige praktische Gründe. Darf nämlich nicht allein der noch ausstehende Arbeitslohn, sondern auch der vom Arbeiter bereits einkassierte Lohn am Zahltag nicht beschlagnahmt werden, so ist der Gläubiger in seinem Interesse schwer geschädigt. Der Arbeiter hat es dann in der Hand, ob er den Lohn auf den nächsten Tag seinem Gläubiger reservieren oder aber entziehen will. Der Gläubiger hätte selbst in dem Falle das bloße Nachsehen, wenn sich der Arbeiter unter seinen Augen am Zahltag mit dem Lohn aus dem Staub machen, oder denselben auf die empörendste Weise verschwenden würde, nur damit er nicht in die Hände seines Gläubigers, resp. des Gerichtsvollziehers fiele. Der Gläubiger würde also in eine ganz schlimme Lage versetzt, welche ohnehin einem Arbeiter gegenüber als seinem Schuldner nicht günstig ist, insofern dieser in der Regel außer seinem Lohn nichts besitzt und sich gegen drohende Angriffe seines Gläubigers auf diesen durch Vorschüsse, welche er sich im Voraus von seinem Arbeitgeber geben läßt, schützen kann. Andererseits würde aber den Arbeitern selbst ein schlechter Dienst erwiesen, insofern dieselben auf einen Kredit kaum mehr rechnen dürften, auf welchen sie bei ihrer Vermögenslosigkeit so häufig angewiesen sind. Welchen Erfolg sollte sich auch der Gläubiger von einer Zwangsvollstreckung versprechen, wenn er weiß, daß der Gerichtsvollzieher beim Schuldner vorgefundenes bares Geld, wenn es für eben eingenommenen

Lohn erklärt wird, nicht pfänden wird, weil er eben dem Geld nicht ansehen kann, ob es sich damit so, oder anders verhält.

Diese Erwägungen geben Anlaß, wiederholt die Frage aufzuwerfen, ob denn das Gesetz selbst zu obiger Auslegung des cit. § 1 zwingt; dies erscheint zweifelhaft, denn

1. mag man auch auf geschichtlichem Weg zu dem Resultat kommen, daß der Gesetzgeber mit dem Schlußsatz: „ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat" nicht hat sagen wollen, daß der § 1 nicht zur Anwendung kommen soll, wenn der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat, daß er vielmehr entgegen dem klaren Wortsinn damit hat sagen wollen, daß der § 1 nicht zur Anwendung kommen soll, wenn der Vergütungsberechtigte dieselbe „vergeblich" eingefordert hat, so ist man auch in diesem Fall, insofern unter dem Wort „dieselbe" nur die vorausgegangene Vergütung verstanden sein kann, und über dieselbe als einer immerhin noch ausstehenden Vergütung Bestimmung getroffen wird, ohne weiteres geneigt, die Vergütung im Sinn von Vergütungsforderung aufzufassen und anzunehmen, daß der Gesetzgeber das Wort Vergütung nur aus dem Grund gewählt hat, um einen einheitlichen passenden Ausdruck für verschiedenartige Entschädigungsansprüche aus Arbeitsleistungen zu haben. Hierauf weist das Gesetz selbst hin, indem zu dem Wort „Vergütung" in Klammern beigesetzt ist: Lohn, Gehalt, Honorar u. s. w.

2. Die Entstehungsgeschichte des § 1 dürfte eher zu dem Ergebnis führen, daß unter die singuläre Bestimmung desselben die vom Arbeiter bereits in Empfang genommene Vergütung nicht fällt.

Der Bundesrat wollte, wie aus dem § 1 des Entwurfs zu dem Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes, sowie aus den Motiven hiezu hervorgeht, sogar den noch nicht verdienten Lohn der sogenannten arbeitenden Klasse in gewissem Umfang der Beschlagnahme unterwerfen, wogegen die Kommission des Reichstags, wie aus dem Kommissionsbericht hervorgeht, rein aus sozialpolitischen Gründen diesen überhaupt von der Beschlagnahme ausgenommen wissen wollte.

Der verdiente Lohn sollte aber nach der Absicht beider gesetzgeberischen Faktoren der Beschlagnahme unterliegen.

Den Zeitpunkt des verdienten und darum der Beschlagnahme unterliegenden Lohns bestimmte die Kommission des Reichstags nach den beiden Merkmalen der bereits erfolgten Leistung und der eingetretenen Fälligkeit.

Der verdiente Lohn ist demnach das erst infolge der effektuierten Arbeit erworbene, zur Erhebung fällige Kapital, und erscheint da, wo die Vergütung nach der Natur des Dienstverhältnisses erst nach einer Anzahl von Tagen oder Wochen zahlbar gemacht zu werden pflegt, als Zeitpunkt der Fälligkeit des Kapitals der Ablauf der Lohnperiode, d. h. der Moment, in welchem der Lohn ausbezahlt zu werden pflegt.

Dann und wann wird aber der Arbeiter abgehalten sein, in diesem Moment seinen Lohn in Empfang zu nehmen, dies soll ihm nun nichts schaden, indem der Gläubiger erst dann, wenn der Arbeiter am Zahltag überhaupt seinen Lohn nicht erhoben und damit aus letzterem eine kapitalisierte Schuld gemacht hat, diesen für sich in Anspruch nehmen darf.

Daß die Kommission des Reichstags mit den Worten des citierten, seine Fassung der Kommission verdankenden Gesetzesparagraphen 1: „und nachdem der Tag abgelaufen ist, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war“ nur den eben angeführten Sinn verbunden hat, erhellt aus dem Kommissionsbericht selbst, indem es dort heißt: „Ueberdies würde dieses Gesetz den größten Teil seines Wertes einbüßen, wenn es dem Gläubiger, welcher die Vergütung mit Beschlag belegen will, oder dem Vollstrecker gestattete, mit dem dienstleistenden Schuldner gleichzeitig am Zahltisch zu erscheinen und statt des letzteren den „bereiten“ Lohn in Empfang zu nehmen oder die Ausbezahlung zu verhindern.“ Der Kommissionsbericht spricht also nur von einer noch nicht erhobenen, noch ausstehenden Vergütung und vermeidet es, die singuläre Bestimmung, welche er für ersteren treffen will, auszudehnen auf eine am Zahltag bereits erhobene, zum Einzug fällig gewesene Vergütung, welche sich durch die Besitz-

nahme seitens des Arbeiters in den meisten Fällen in dessen bares von anderen in seinem Besitz befindlichen Barmitteln nicht unterscheidbares Geld verwandelt hat.

3. Zu dieser Auffassung paßt auch der Inhalt des § 2 des Ges. betr. Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns. Wäre auch die Beschlagnahme der in Empfang genommenen Vergütung nach § 1 des cit. Ges. am Zahltag unzulässig, so könnte nach § 2 Abs. 2 der Arbeiter an diesem Tag auch nicht rechtsgültig über dieselbe verfügen, was eine für den Arbeiter nachteilige Einschränkung enthielte und deshalb der ganzen ratio legis widersprechen würde. Abs. 2 des § 2 bestimmt nämlich: „Soweit nach diesen Bestimmungen (d. h. nach den Bestimmungen des § 1) die Beschlagnahme unzulässig ist, ist auch jede Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung."

Als ein rein zu gunsten des Arbeiters gegebenes jus singulare, als welches es auch im Sinn des Gesetzes sein soll, erscheinen § 1 u. § 2 des Ges. nur, wenn man von der Auffassung ausgeht, daß hiedurch der Arbeiter bloß darin gesichert werden wollte, daß er seine Vergütung für geleistete Arbeit am Zahltag unverkürzt überkomme.

4. Auch die R.C.P.O. hat offenbar, von der Ansicht ausgehend, daß § 1 des Ges. über Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns nur Vergütungsforderungen im Auge habe, den nach diesem Gesetz nicht pfändbaren Arbeits- und Dienstlohn in § 749 unter die der Pfändung nicht unterworfene „Forderungen" ohne irgend einen Beisatz aufgenommen und in § 715, welcher von den der Pfändung nicht unterworfenen Sachen handelt, nicht etwa den einkassierten Arbeits- und Dienstlohn während der Dauer des Zahltags, welcher sich als ein im Besitz des Schuldners befindlicher Gegenstand ebenso gut, wie jeder der in § 715 aufgeführten Gegenstände, darstellen würde, aufgeführt.

Anders wäre es auch nicht leicht zu erklären, daß die C.P.O. des Arbeits- und Dienstlohns nur in § 749 Erwähnung thut, während sie von dem Diensteinkommen der Offi-

ziere, Militärärzte ꝛc. ꝛc., je nachdem dasselbe noch aussteht oder bereits bezogen ist, besondere Bestimmung sowohl in § 749, als in § 715 d. C.P.O. trifft[1]).

XI.

Steht der in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau während der Dauer dieser Gesellschaft hinsichtlich ihres in der gesetzlichen Verwaltung des Ehemanns stehenden beweglichen Sondervermögens ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 690 der Reichscivilprozeßordnung zu?

Von

Rechtsanwalt Heß in Ulm.

Diese Frage ist von dem K. Oberlandesgericht abweichend von den Erkenntnissen einzelner Landesgerichte durch Berufungsurteil vom 4. Mai 1882 bejahend entschieden worden[2]).

---

1) Anmerkung der Redaktion:

Für die Ansicht, daß § 749 Z. 1 der C.P.O. und das Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 sich nur auf den noch ausstehenden Arbeits- oder Dienstlohn beziehen, spricht sowohl die Stellung des citierten § 749 in der von der Zwangsvollstreckung in Forderungen und anderen Vermögensrechte handelnden zweiten Abteilung des ersten Titels des zweiten Abschnitts des achten Buchs der C.P.O., wogegen die erste Abteilung dieses Titels sich mit der Zwangsvollstreckung in körperlichen Sachen befaßt, zu welchen auch das beim Schuldner vorgefundene Geld gehört (C.P.O. § 716 Abs. 2), als auch der ganze Zweck jenes Reichsgesetzes, welcher dahin geht, zu verhindern, daß die noch nicht verwertete und noch nicht zum Kapital gewordene Arbeitskraft zu Gunsten eines Gläubigers in Anspruch genommen werde, zu vergl. Mandry, civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze, 3. A. S. 215; Gaupp, Komm. III, S. 337; Seuffert, Arch. XLII, S. 240 f.

2) Boscher's Zeitschrift, Bd. 25 S. 68, vergl. auch das. S. 66 u. 226, Bd. 24 S. 66 u. Bd. 26 S. 264.

Mir scheint jedoch die Entscheidung des K. Oberlandesgerichts bedenklich zu sein, und erlaube ich mir, die Gründe dieser meiner unmaßgeblichen Ansicht, um weitere Erörterung der Frage herbeizuführen, in Nachstehendem auszuführen.

Das K. Oberlandesgericht geht einerseits davon aus, daß die in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebende Ehefrau, des gesetzlichen Verwaltungsrechtes des Ehemanns hinsichtlich ihres Sondervermögens unerachtet, unbestritten Eigentümerin dieses letzteren bleibt. Andererseits nimmt dasselbe an, daß nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen der Gläubiger nur vom Schuldner und aus dessen Vermögen Befriedigung verlangen könne, weshalb der in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebende Ehemann, wenn er auch infolge seines gesetzlichen Verwaltungsrechts zur Veräußerung des beweglichen Sondervermögens der Ehefrau berechtigt sei, dennoch als Schuldner gegenüber dem Gläubiger nicht zu einer solchen Veräußerung verpflichtet sei und daher auch im Wege der Zwangsvollstreckung hiezu nicht angehalten werden könne. Das K. Oberlandesgericht unterstellt sodann, daß der Rechtssatz, nach welchem der Gläubiger bloß vom Schuldner und aus dessen Vermögen Befriedigung verlangen könne, und welcher in den §§ 1, 35 und 37 der Konkursordnung, sowie in Art. 31 des Gesetzes vom 18. August 1879, betr. die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen, Ausdruck, Anerkennung und Bestätigung gefunden habe, auch der Bestimmung in § 690 der Civilprozeßordnung zugrunde liege. Durch alles dies kommt das K. Oberlandesgericht in dem erwähnten Urteile zu dem Ausspruche, daß der in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau als Eigentümerin ein die Veräußerung hinderndes Recht und der Widerspruch gemäß § 690 der Civilprozeßordnung zustehe, wenn in einer Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann Gegenstände des beweglichen Sondervermögens der Ehefrau in Angriff genommen werden wollen, resp. gepfändet werden.

Allein meines Erachtens läßt sich aus dem materiellen Civilrechte ein Rechtssatz wie der, daß der Gläubiger nur aus

dem Vermögen des Schuldners Befriedigung verlangen könne, nicht ableiten. Das materielle Civilrecht bestimmt nur, daß der Gläubiger von dem Schuldner Erfüllung gemäß dem Inhalte seines Forderungsrechtes verlangen könne; nirgends aber besagt es, daß der Schuldner nur aus seinem eigenen Vermögen erfüllen müsse. Nach dem materiellen Civilrechte kann es und muß es dem Gläubiger gleichgiltig sein, aus welchen dem Schuldner rechtlich zugänglichen Mitteln derselbe ihn befriedigt; insbesondere, wenn der Schuldner Geld zu leisten hat, kann und muß sich der Gläubiger begnügen, wenn die Zahlung in einer Weise erfolgt, damit derselbe durch Vermischung des Geldes Eigentum erlangen, oder durch redlichen Verbrauch des Geldes den Vermögenswert sich aneignen kann. Wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Sache leisten muß, und er kann oder will eine solche nicht leisten, so gibt das materielle Civilrecht dem Gläubiger unter Umständen das Recht, von dem Schuldner anstatt der Sache ein Geldäquivalent zu verlangen. Wenn aber der Schuldner Geld zu leisten hat und solches nicht leisten kann, so weiß das materielle Civilrecht für den Gläubiger keinen andern Rechtsbehelf, als zuzuwarten, bis der Schuldner solches haben wird [1]).

Ob, wenn der Schuldner zu leisten schuldig und verurteilt ist, aber freiwillig nicht leistet, der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung nur aus dessen Vermögen Befriedigung verlangen könne, ist übrigens gar nicht eine Frage des materiellen Civilrechts, sondern eine solche, die ihre Beantwortung aus den Bestimmungen des Civilprozeßrechtes zu schöpfen hat; denn der Civilprozeß hat die Aufgabe und den Zweck, wie bestrittene oder thatsächlich verletzte Privatrechte durch die dazu bestimmten Organe der Staatsgewalt klarzustellen, so auch durch solche Organe die Durchführung oder Herstellung derselben nötigenfalls zwangsweise zu bewirken; und nur Gegenstand des Prozeßrechtes ist es daher, zu bestimmen, ob, in wieweit, und in wel-

1) S. **Windscheid, Lehrb. Bd.** II. § 342, § 261 u. § 266.

cher Weise bei Ausführung dieses Zwanges Vermögen angegriffen und zur Veräußerung gebracht werden darf, welches bei dem Schuldner vorgefunden wird.

Es gibt denn auch der gemeinrechtliche Civilprozeß in dieser Richtung ausführliche Bestimmungen[1]).

Die meisten deutschen Ländergebiete aber hatten hierüber besondere Prozeßgesetze, und so auch namentlich Württemberg ein solches in dem Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 mit den späteren Novellen. Aus jenen Bestimmungen des gemeinrechtlichen Civilprozeßes und der früheren landesrechtlichen Prozeßgesetze mag sich nun wohl der Rechtssatz ableiten lassen, daß der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung nur vom Schuldner und aus dessen Vermögen Befriedigung verlangen könne.

Allein diese civilprozeßualischen Bestimmungen in Beziehung auf die Zwangsvollstreckung sowohl des gemeinen Rechtes, als der einzelnen Landesgesetzgebungen sind, wie überhaupt alle früher in Deutschland bestandenen civilprozeßualischen Gesetze und Normen, samt und sonders durch die Vorschriften der Reichscivilprozeßordnung aufgehoben, soweit die letztere nicht selbst ausdrücklich eine Ausnahme festgesetzt hat, und es ist dies hinsichtlich der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen nicht der Fall. Die Reichscivilprozeßordnung ist ein durchaus neues Gesetz, so daß jede Ergänzung desselben aus den bisherigen Landesgesetzen vollständig ausgeschlossen und nicht einmal die Verwertung der letzteren zur Auslegung der Civilprozeßordnung statthaft ist[2]).

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist allerdings in der Reichscivilprozeßordnung selbst der Regelung durch die Landesgesetze vorbehalten. Eben deshalb aber und zumal, da die Landesgesetze bei jener Regelung überall nicht gehalten waren und sind, die

1) S. Bayer's Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozeß 8. Aufl. Seite 1107 u. ff.

2) Gaupp, Civilprozeßordg. Bd. I, Seite XXXIV.

für die Civilprozeßordnung hinsichtlich der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen maßgebend gewesenen Grundsätze zu beachten, so dürfte es kaum statthaft sein, zur Auslegung der letzteren Bestimmungen die Landesgesetze betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen herbeizuziehen, und dürfte es daher wohl auch keine Beachtung verdienen, selbst wenn dem württemb. Gesetz vom 18. August 1879, betr. die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen, das Prinzip zu grunde läge, daß der Gläubiger nur vom Schuldner aus dessen Vermögen Befriedigung verlangen könne [1]).

Was das Verhältnis der Reichskonkursordnung zu der Civilprozeßordnung hinsichtlich der Zwangsvollstreckung anbelangt, so kommt in Betracht, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren mittelst Angriffs einzelner Vermögensstücke behufs der vollständigen Befriedigung eines Gläubigers auf grund des von demselben gegen den Schuldner erwirkten Vollstreckungstitels diesem seinem Zweck entsprechend in den Bestimmungen der Civilprozeßordnung natürlich nach ganz anderen Gesichtspunkten Regelung gefunden hat und finden mußte, als das Konkursverfahren in der Konkursordnung, welches nach den Motiven kein prozeßualisches Verfahren, sondern eine der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörige, der Liquidation einer kaufmännischen Firma ähnliche, unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen seinen Gläubigern zu dem Zwecke sein soll, um, soweit es reicht, je nach den besonderen Rechten derselben und der Größe ihrer Forderungen ihre gleichmäßige Befriedigung herbeizuführen. Wenn daher die Konkursordnung in den §§ 1, resp. 35 u. 39 als Gegenstand des Konkursverfahrens ausdrücklich das dem Schuldner gehörige Vermögen bezeichnet, und demgemäß die Aussonderung der ihm nicht gehörigen Gegenstände, und insbesondere der nicht ihm, sondern seiner Ehefrau ge-

1) Vergl. Exekut. Gesetz vom 15. April 1825, Art. 47 mit Art. 33.

hörigen Gegenstände verfügt, so kann hieraus nicht gefolgert werden, daß der gleiche Rechtssatz auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren der Civilprozeßordnung gelten müsse. Im Gegenteile, da die Civilprozeßordnung in ihren Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung es vermeidet, für dasselbe den gleichen Grundsatz aufzustellen, den Gegenstand der Zwangsvollstreckung vielmehr in ganz anderer Weise normiert, so ist wohl die Annahme gerechtfertigt, daß dies von den Gesetzesfaktoren absichtlich geschehen ist, und für das Zwangsvollstreckungsverfahren der Civilprozeßordnung ein solcher allgemeiner Rechtssatz nicht maßgebend gemacht werden wollte. Ueberdies findet das Aussonderungsrecht der Ehefrau im Konkursverfahren gegen ihren Ehemann, wie das ihr gemäß § 44 der Konkursordnung zustehende Absonderungsrecht, noch speziell seine weitere Erklärung darin, daß gemäß dem Zwecke des Konkursverfahrens die Konkursordnung in § 14 die Auseinandersetzung der ehelichen Gesellschaft vorschreibt, und daß daher über die Dauer des Konkurses temporär das gesetzliche Verwaltungsrecht des Ehemanns suspendiert bleibt, während das Zwangsvollstreckungsverfahren der Civilprozeßordnung gegen den Ehemann eine solche Wirkung überall nicht hat, vielmehr die eheliche Gesellschaft und das gesetzliche Verwaltungsrecht des Ehemanns bezüglich des Vermögens der Frau mit seinen gesetzlichen Folgen in keiner Weise alteriert [1]).

Wenn die vorstehenden Ausführungen richtig sind, so kann und muß die Frage, ob bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen der Gläubiger nur vom Schuldner aus dessen Vermögen Befriedigung verlangen könne, ausschließlich nach den Bestimmungen der Reichscivilprozeßordnung entschieden werden. Die hierüber maßgebenden Bestimmungen derselben sind in den §§ 712 und 690 enthalten.

1) Lang, Handb. d. Perf. Rechts u. s. w. § 55 Note 2; Stieglitz, die Konkursordg. Seite 23.

Nach der Bestimmung in § 712 der Civilprozeßordnung bilden den Gegenstand der Zwangsvollstreckung alle körperlichen Sachen, welche sich im Gewahrsam des Schuldners befinden; unter Gewahrsam ist aber unbestritten nur die thatsächliche Innehabung verstanden [1]).

Es kommt also bei dem Vollzug der Pfändung gegen einen Schuldner zunächst nichts darauf an, ob die bei ihm befindlichen Sachen im Eigentum oder Rechtsbesitz desselben sind; daß er sie im angegebenen Sinne im Gewahrsam habe, genügt, um sie pfänden zu dürfen. Allein nach der Bestimmung in § 690 der Civilprozeßordnung kann ein Dritter gegen die Zwangsvollstreckung Widerspruch erheben, wenn ihm hinsichtlich des gepfändeten Gegenstandes ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht.

Hiernach kann der Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung von dem Schuldner Befriedigung aus allem beweglichen Vermögen verlangen, welches derselbe thatsächlich inne hat, und hinsichtlich dessen nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht einem Dritten zusteht und von diesem geltend gemacht wird. Ob einem Dritten ein solches Recht zusteht, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen. Sarwey, Civ.-Prozeß-Ordnung — Anmerkung zu § 690 — sagt zur Erläuterung der Bestimmung des § 690: das Prinzip ist: wenn und soweit der Schuldner die Sache veräußern kann, dann und insoweit ist die Zwangsvollstreckung zulässig. Dieser Ausspruch dürfte kaum eine erschöpfende Erläuterung der fraglichen Bestimmung geben. Denn da dieselbe ganz allgemein von einem dem Dritten zustehenden Rechte spricht, so ist solche nicht bloß von einem dem Dritten gegenüber dem Schuldner, sondern wohl auch von einem ihm etwa gegenüber dem Gläubiger selbst zustehenden Rechte zu verstehen, welches er etwa auf grund eines besondern Rechts- resp. Vertragsverhältnisses mit demselben geltend machen könnte. Ebenso aber sind meines Erachtens Fälle möglich, in welchen

1) Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VIII, Seite 87.

der Dritte ein ihm sonst zustehendes, die Veräußerung hinderndes Recht wegen eines besonderen Rechtsverhältnisses zu dem Gläubiger nicht geltend machen kann; man denke z. B. an den Fall, wo der Dritte als Eigentümer der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen diese vor der Zwangsvollstreckung dem Gläubiger wegen dessen Forderung an den Schuldner in gesetzlicher Weise[1]) zu Faustpfand bestellt hatte und die Sache in Gewahrsam des Schuldners verblieben war. Hieraus ergibt sich zugleich, daß bei Würdigung der Frage, ob nach dem bürgerlichen Rechte dem Dritten ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht oder nicht, nicht bloß das Rechtsverhältnis in Betracht zu ziehen ist, in welchem derselbe zu dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung steht, sondern auch dasjenige Rechtsverhältnis, in welchem er in dem besonderen Fall wegen jenes Gegenstandes zu dem Schuldner oder zu dem Gläubiger steht. Man wird also sagen müssen: die Zwangsvollstreckung in das im Gewahrsam des Schuldners befindliche bewegliche Vermögen ist statthaft und der Gläubiger kann aus diesem seine Befriedigung verlangen, wenn und soweit nicht nach den zwischen einem Dritten und dem Schuldner, oder zwischen einem Dritten und dem Gläubiger bestehenden besonderen Rechtsverhältnissen dem Dritten das Recht zusteht, die Veräußerung des in Angriff genommenen Vermögens zu untersagen und hiedurch zu hindern, und der Dritte dieses Recht geltend macht. Hienach gibt somit der Umstand, daß bezüglich des den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildenden, im Gewahrsam des Schuldners befindlichen beweglichen Vermögens einem Dritten das Eigentum zusteht, für sich allein diesem Dritten noch nicht das Recht zum Widerspruche gemäß § 690 der Civilprozeßordnung. Es liegt an und für sich allerdings im Eigentume, daß der Eigentümer über die Sache verfügen darf, wie er will, und daß ein Anderer ohne den Willen des Eigentümers über die Sache nicht verfügen darf. Allein

1) Vergl. Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 14 Abs. 1.

rechtlich ist es nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Fällen der Eigentümer dennoch durch den Willen eines Andern in der Verfügung über die Sache beschränkt wird, oder zeitweilig das Verfügungsrecht über die Sache dem Eigentümer gänzlich entzogen und auf einen Andern übertragen sein kann [1]).

Es muß daher, damit der Dritte das erwähnte Widerspruchsrecht geltend machen könne, noch dazu kommen, daß derselbe trotz der unterliegenden besonderen Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Schuldner oder zwischen ihm und dem Gläubiger denselben gegenüber rechtlich befugt ist, vermöge seines Eigentumsrechtes die Veräußerung der betreffenden Vermögensobjekte zu untersagen und zu behindern.

Wenn der Dritte, obwohl er Eigentümer der Objekte der Zwangsvollstreckung ist, nach dem bürgerlichen Rechte dennoch wegen der weiter unterliegenden besonderen Rechtsverhältnisse weder gegenüber dem Schuldner, noch gegenüber dem Gläubiger ein die Veräußerung jener Objekte hinderndes Recht geltend machen darf, so kann derselbe auf Grund seines Eigentumsrechtes auch nicht den Widerspruch aus § 690 der Civilprozeßordnung geltend machen.

Und nun komme ich wieder zu der Hauptfrage zurück, welche den Gegenstand der gegenwärtigen Erörterung bildet: ob der in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau während der Dauer dieser Gesellschaft hinsichtlich ihres in der gesetzlichen Verwaltung des Ehemanns stehenden beweglichen Sondervermögens ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 690 der Civilprozeßordnung zusteht?

Nach den vorstehenden Ausführungen wäre diese Frage zu verneinen.

Auch während der Dauer der Ehe und der Errungenschaftsgesellschaft bleibt zwar die Ehefrau Eigentümerin ihres Sondervermögens, allein gemäß dem deutschrechtlichen Systeme der Gütereinheit ist der Ehemann Haupt der Ehe

1) Windscheid, a. a. O. Bd. I, § 167.

und des Hauses und übt als solches nicht bloß den Besitz und die unbeschränkte Verwaltung des Sondervermögens der Ehefrau aus [1]), sondern es steht auch hinsichtlich des beweglichen Sondervermögens der Ehefrau ihm und nur ihm das unbedingte und freie Recht der Veräußerung zu, so zwar, daß selbst eine von dem Ehemann gegenüber der Ehefrau pflichtwidrig vorgenommene Veräußerung dem Dritten gegenüber unanfechtbar bleibt [2]) und der Ehefrau hiewegen überhaupt nur einen Ersatzanspruch gibt [3]).

Hienach steht der in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau, trotzdem sie im Eigentum ihres Sondervermögens bleibt, hinsichtlich der beweglichen Bestandteile desselben gegenüber ihrem Ehemann ein Recht, diesen an der Veräußerung zu hindern, nicht zu, wegen des durch die Eingehung der Ehe und der Errungenschaftsgesellschaft zwischen ihr und dem Ehemann bezüglich ihres Sondervermögens geschaffenen besonderen Rechtsverhältnisses. Eben deshalb steht derselben auch ein solches Recht gegenüber dem Gläubiger nicht zu, wenn im Zwangsvollstreckungswege gegen den Ehemann ihr bewegliches Sondervermögen in Angriff genommen worden ist. So wenig die Ehefrau gegen den Gläubiger ein Klagrecht auf Wiederherausgabe oder Ersatz haben würde, im Falle der Ehemann an denselben zum Zwecke dessen Befriedigung Bestandteile ihres beweglichen Sondervermögens veräußert hätte [4]), so wenig hat sie ein Recht, eine solche Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung zu hindern, sofern nur der Ehemann das bewegliche Sondervermögen in Verwahrung hat, was, wenn es in der gemeinsamen Wohnung der Eheleute vorgefunden wird [5]),

1) Württ. Archiv Bd. X, S. 399; Lang, Handb. des Pers. Rechts u. s. w., § 49 Note 3; Roth, Bayer. Civilrecht 2. Aufl. § 83, Note 74 u. 78.

2) Lang, a. a. O. Note 7.

3) Stein's Erbrecht V. Aufl. S. 219 u. f.

4) S. Franke in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. V, S. 222.

5) Gaupp's Komentar Bd. III, S. 270.

um so mehr anzunehmen ist, als ja der Ehemann den Besitz desselben ausübt.

Allerdings ist das gesetzliche Verwaltungsrecht des Ehemanns hinsichtlich des Sondervermögens seiner Ehefrau ein höchst persönliches Recht, das derselbe nicht als solches veräußern oder auf einen Dritten übertragen darf; allein dieser Umstand bildet meines Erachtens kein rechtliches Hindernis, wenn der Ehemann das ihm hinsichtlich des beweglichen Sondervermögens der Ehefrau zustehende freie Veräußerungsrecht bezüglich einzelner Bestandteile oder Komplexe desselben im Wege der Stellvertretung durch Auftragserteilung an einen Dritten ausüben will; es wird wohl nicht bezweifelt werden können, daß der Ehemann befugt ist, wie selbst in eigener Person einzelne Gegenstände des beweglichen Sondervermögens seiner Ehefrau zu veräußern, so auch mit solcher Veräußerung einen Dritten zu beauftragen und ihm Vollmacht hiezu zu erteilen. Alsdann steht aber auch rechtlich nichts entgegen, daß behufs Zwangsveräußerung eines Gegenstandes des beweglichen Sondervermögens der Ehefrau der Gerichtsvollzieher in gesetzlicher Vertretung des schuldnerischen Ehemanns dessen Willen ersetzt.

Nach all' dem steht der in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau während der Dauer dieser Gesellschaft hinsichtlich ihres in der gesetzlichen Verwaltung des Ehemanns stehenden beweglichen Sondervermögens im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Ehemann ein die Veräußerung desselben hinderndes Recht im Sinne des § 690 der Civilprozeßordnung nicht zu.

Verschiedene Kommentatoren der Civilprozeßordnung machen zwar als auf einen Fall, in welchem die Ehefrau von dem Widerspruchsrechte des § 690 der Civilprozeßordnung Gebrauch machen könne, auf die Bestimmung in L. 30. Cod. 5. 12 aufmerksam. Allein abgesehen davon, daß der Ehefrau nach dem römischrechtlichen Dotalsystem in Beziehung auf die Verfügung über ihr Dotalvermögen, dessen Zurückgabe und Ersatz bekanntlich ganz andere Rechte zustehen, als dies

bei der partikulären Gütergemeinschaft bezüglich des beweglichen Sondervermögens der Ehefrau der Fall ist, wie denn auch jene Gesetzesstelle nur den Fall behandelt, wenn der Ehemann unberechtigterweise die Veräußerung eines Dotalgegenstandes vornehmen will, oder die Gläubiger desselben nach seinem Ableben Dotalgegenstände angreifen wollen [1]), so fügen Struckmann und Koch, Civilprozeß-O., in ihrer Erläuterung zu § 690 bei, daß bei der ehelichen Gütergemeinschaft im Falle der Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann die Ehefrau das Widerspruchsrecht nach § 690 nur geltend machen könne, sofern nach der partikularrechtlichen Gestaltung dieses Instituts derselben überhaupt gegen Veräußerungen des Ehemanns ein Widerspruchsrecht zustehe. Hiebei berufen sich die angezogenen Kommentatoren auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts in Bamberg [2]), welche einer in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau bei einer Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann hinsichtlich des Gemeinschaftsvermögens das Widerspruchsrecht aus § 690 nur zuerkannte, weil zwar nach dem fränkischen Rechte der Ehemann das Dispositionsrecht über das Gemeinschaftsvermögen habe, aber unter gewissen Voraussetzungen der Ehefrau gegen nachteilige Verfügungen des Ehemanns ein Einspruchsrecht, die sog. reclamatio uxoria, zustehe, und die Ehefrau in dem entschiedenen Falle rechtzeitig dieses Recht geltend gemacht hatte.

Nicht also wegen ihres Eigentumsrechtes hat jenes Gericht der Ehefrau das Widerspruchsrecht aus dem § 690 der Civilprozeßordnung zugesprochen, sondern weil infolge eines ihr zugestandenen besonderen Rechtsbehelfes der Ehemann das ausschließliche Verfügungsrecht und damit die Veräußerungsbefugnis verloren hatte, und damit, wie sich jenes Gericht ausdrückte, das außerdem latente Eigentumsrecht der Ehefrau wieder in Aktivität getreten war.

1) Windscheid, Pand. Band II. § 497, Note 12 u. § 498 Note 1.

2) Abgedruckt in Busch, Zeitschrift f. Civilprozeß, Bd. III, S. 187 u. f.

Meines Wissens liegt zwar eine Entscheidung des Reichsgerichts, welche die vorwürfige Streitfrage direkt gewürdigt hätte, noch nicht vor; dagegen ist in den Entscheidungen desselben (Bd. XVI, Seite 347 u. 348) ein Fall abgedruckt, in welchem das Reichsgericht mittelbar seine Ansicht kundgibt. Denn in diesem Falle wurden im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Ehemann Forderungsrechte der Ehefrau gepfändet, derselben aber dennoch von den Richtern der beiden Vorinstanzen und von dem Reichsgericht das Widerspruchsrecht aus dem § 690 der Civilprozeßordnung aberkannt, weil dasjenige Recht, welches der Ehefrau an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustund, nach dem partikulären Hamburger ehelichen Güterrechte die Veräußerung nicht hinderte. Bei der Analogie zwischen dem Eigentumsrecht an einer körperlichen Sache und dem Rechte des Inhabers einer Forderung an dieser[1]) ist es klar, daß hienach auch das Reichsgericht erachtet, daß nicht schon aus dem Eigentumsrechte bezüglich des Gegenstands der Zwangsvollstreckung für sich dem Dritten das Widerspruchsrecht aus dem § 690 der Civilprozeßordnung zukomme, sondern bloß dann, wenn in dem besonderen Falle gemäß den unterliegenden Rechtsverhältnissen der Dritte nach dem bürgerlichen Rechte befugt ist, wegen seines Eigentums die Veräußerung zu untersagen, d. h. ihm ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht.

Wenn hienach die in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebende Ehefrau während der Dauer derselben bei einer Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann mittelst Pfändung einer zu ihrem Sondergute gehörigen beweglichen Sache ein die Veräußerung hinderndes Recht überhaupt nicht hat und daher den Widerspruch aus § 690 der Civilprozeßordnung mit rechtlichem Erfolge nicht geltend machen kann, so ist der Umstand unerheblich, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann aus einer Sozialschuld beider Eheleute erfolgt ist. Erheblich könnte der Umstand nur werden, und auch nur in

1) Entscheid. des Reichsger. Bd. IV, S. 113.

dieser Richtung war von dem Kgl. Landgerichte Ulm in einer Entscheidung vom 10. Juni 1881 [2]) die Frage eventuell angeregt worden, wenn man gegen die Ansicht fast aller ältern und neuern Rechtslehrer mit Wächter in Sarwey's Monatsschrift, Bd. VIII., S. 485 annehmen müßte, daß dem Ehemann das Recht zur Veräußerung der zum Sondergute seiner Ehefrau gehörigen Fahrnis nur zustehe, falls dieselbe durch das Interesse der Ehefrau, resp. der ehelichen Gemeinschaft gerechtfertigt sei. Alsdann müßte allerdings jener Umstand mit in betracht gezogen werden, zumal, wenn seitens der Ehefrau nicht geltend gemacht werden könnte, daß dem Ehemann andere passende Objekte zur Tilgung der in Frage stehenden Sozialschuld zur Verfügung stehen.

Da in einem mir vorgekommenen Falle ein Gericht, im Wesentlichen auf den Grund der Ausführungen des Kgl. Oberlandesgerichts zu dessen Urteil vom 4. Mai 1882, der in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau das Widerspruchsrecht des § 690 der Civilprozeßordnung auch zugesprochen hatte, als im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Ehemann ein Gegenstand des Errungenschaftsvermögens in Angriff genommen worden war, so füge ich hier noch an, daß meines Erachtens, was bei der Errungenschaftsgesellschaft von dem beweglichen Sondervermögen der Ehefrau im Falle der Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann vorstehend ausgeführt ist, in verstärktem Maße von dem Errungenschaftsvermögen gelten muß. Denn wenn auch an diesem die Ehefrau zur Hälfte ideellen Anteil hat, so steht doch über dasselbe dem Ehemann allein das freie Verwaltungs- und Verfügungsrecht zu, so daß er die beweglichen Bestandteile desselben unbedingt ohne jedwede Zustimmung der Ehefrau, und sogar auch die unbeweglichen Teile desselben ohne deren Zustimmung beliebig veräußern kann, sofern es nicht zur

2) Boscher's Zeitsch. Bd. 25, S. 282.

Tilgung einer Privatschuld, sondern zur Tilgung einer Sozialschuld geschieht [1]).

Dazu kommt aber noch, daß, wie bei der Kontrahierung von Sozialschulden durch den Ehemann angenommen werden muß, daß er hiebei als Vertreter der Gemeinschaft gehandelt habe, dieselbe Unterstellung auch Platz zu greifen hat, wenn er wegen einer Sozialschuld gerichtlich belangt und verurteilt wird. Der hiedurch vom Gläubiger erwirkte Vollstreckungstitel wirkt daher, was das Errungenschaftsvermögen anbelangt, von selbst auch gegen die Ehefrau bezüglich ihres ideellen Anteils an derselben [2]).

Es kann somit, wenn gegen den Ehemann die Zwangsvollstreckung in einen beweglichen Bestandteil des Errungenschafsvermögens stattfindet, die Ehefrau wegen ihres ideellen Anteils, weil sie kein die Veräußerung hindernedes Recht hat, einen Widerspruch aus § 690 der Civilprozeßordnung nicht geltend machen, und wiederum namentlich dann nicht, wenn die Zwangsvollstreckung wegen einer Sozialschuld eingeleitet ist.

Es hatte das frühere Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 Art. 33 bestimmt:

„Ordentlicherweise besteht die Exekution in einer Verfügung über das Vermögen des Schuldners.

Diese Verfügung darf sich auf das Vermögen der Ehefrau oder der Kinder des Schuldners nicht erstrecken; es wäre dann, daß die Schuld, wegen welcher Exekution erkannt ist, dieselben mit beträfe."

Die Motive zu diesem Gesetz und die Kammerverhandlung geben zu der angeführten Bestimmung keinerlei Erläuterung, sie wurde ohne alle Bemerkung nach dem Antrage der Königl. Staatsregierung einfach angenommen. Man wird aber wohl nicht fehl gehen, wenn man annimmt, daß eben damals schon die Gesetzesfaktoren davon ausgingen, daß ein wegen

1) Lang's Personen-Recht u. s. w., § 51, Note 3; derselbe, Sachenrecht § 12, Note 74; Stein, a. a. S, 225 u. 226.

2) Stahl, im Gerichtsblatt, Bd. XVIII, S. 169.

einer Sozialschuld gegen den Ehemann erwirkter Vollstreckungstitel von selbst auch gegen die Ehefrau wirke, weil der Ehemann der gesetzliche Vertreter der ehelichen Gemeinschaft und Verwalter des gesamten ehelichen Vermögens ist. In obiger Gesetzesbestimmung und dieser Rechtsanschauung mag auch mit der Grund liegen, daß früher vor Einführung der Reichscivilprozeßordnung in Württemberg aus Veranlassung des Zwangsvollstreckungsverfahrens gegen den Ehemann Interventionsklagen der Ehefrauen selten oder gar nicht vorkamen.

Zum Schlusse noch die Bemerkung, daß es in wirtschaftlicher Hinsicht auch eine Schädigung des Kredits des Handels- und Gewerbestandes in Württemberg bedeuten würde, wenn der Gläubiger, um in der Zwangsvollstreckung das vorhandene Handels- und Gewerbevermögen des Schuldners, welches in fast allen Fällen zur Errungenschaft gehören wird, in Angriff nehmen zu können, ohne einen Widerspruch von dessen etwaiger Ehefrau aus § 690 der Civilprozeßordnung befürchten zu müssen, immer gleichzeitig gegen die beiden Eheleute Klage zu erheben und Vollstreckungstitel zu erwirken hätte.

XII.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

27.

Anrufung der weiblichen Freiheiten auch außerhalb des Konkurses. Voraussetzungen derselben.

Im Anschluß an die Entscheidung des 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts in Sachen Knorpp c. Obenland vom 25. Mai 1883 — veröffentlicht in Boschers Zeitschrift B. 25 S. 300 — hat sich der 2. Civilsenat über die vorstehende Frage ausgesprochen, wie folgt:

Wie von der Mehrzahl der württembergischen Rechtslehrer und in der württ. Rechtssprechung anerkannt ist, hat die Ehefrau einen Anspruch auf Zulassung zu den weiblichen Freiheiten auch dann, wenn die eheliche Einbuße durch den zum Besten der ehelichen Gesellschaft, insbesondere auch zum Zweck der Ausstattung gemeinschaftlicher Kinder gemachten Aufwand verursacht worden ist[1]), und es wird die Ehefrau

1) **Pfizer**, Rechte u. Verb. der Weiber II 154; **Bolley**, 33. Aufl. S. 342, Note 0; **Sarwey**, Monatsschr. B 8, S. 74; **Kübel-Hohl**, Erbr. 5. Aufl. S. 234 u 236; **Römer**, württ. Priv.R. (Manuskr.) § 166; **Lang**, Pers. Recht, 2. Aufl. S. 377; **Kapff**, Civilrechtsspr. S. 282; **Tafel**, Civilrechtsspr. II S. 56; **Neuffer**, Zeitschr. I S. 303; Entsch. d. Oberlandesg. in S. Knorpp c. Obenland.

jener Rechtswohlthat nur dann verlustig, wenn sie die eheliche Einbuße verschuldet hat, gleichgiltig, ob den Ehemann an derselben eine Mitschuld trifft oder nicht. Hieraus wird von der württemb. Rechtsprechung, wie auch von verschiedenen Rechtslehrern mit Recht der Grundsatz abgeleitet, daß die Ehefrau durch die genannte Rechtswohlthat nicht bloß gegen die nachteiligen Folgen der Vermögensverwaltung des Ehemanns, sondern überhaupt gegen die ihr aus dem Bestehen der Errungenschaftsgemeinschaft erwachsenden Nachteile geschützt werden solle [1]).

Eine notwendige Konsequenz dieses Grundsatzes ist es, daß die Ehefrau das Recht auf die Zulassung zu den weiblichen Freiheiten beanspruchen kann, sobald eine nicht durch sie verschuldete eheliche Einbuße vorliegt, gleichgiltig durch welche Umstände dieselbe herbeigeführt worden ist. Willkürlich ist es, zu unterscheiden, ob die Ehefrau im Konkurs des Ehemanns oder außerhalb desselben von jener Rechtswohlthat Gebrauch macht, und im letztern Fall die Gewährung des Rechts auf die weiblichen Freiheiten davon abhängig zu machen, daß die Einbuße durch Verschwendung des Ehemanns verursacht worden sei, innerhalb des Konkurses aber der Ehefrau jenes Recht ohne Rücksicht auf den Grund der Einbuße zu bewilligen, wie dies von einigen Schriftstellern geschieht [2]). Denn auch außerhalb des Konkurses bedarf die Ehefrau des gleichen Schutzes gegen die für sie aus der Errungenschaftsgemeinschaft erwachsenden Nachteile. Man hat daher in Übereinstimmung mit der citierten früheren Entscheidung des Oberlandesgerichts angenommen, daß der Ehefrau, welche an der ehelichen Einbuße keine Schuld trägt, auch außerhalb des Konkurses die Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten ohne Rücksicht auf die Ursache der Einbuße zustehe.

---

1) **Kübel-Hohl** l. c. S. 232; **Lang**, a. a. O. S. 373; **Römer**, l. c.; **Kapff**, l. c. S. 276; **Hufnagel**, Mitt., I S. 160; **Tafel**, **Reuffer** a. d. angef. Stellen; Württ. Archiv B. 17 S. 205.

2) **Lang**, PersonenR. a. a. O.; **Kübel-Hohl**, a. a. O. S. 233.

Da sich unbestrittenermaßen in der Errungenschaftsgesellschaft eine Einbuße ergeben hat, an welcher die Beklagte keine Schuld trägt, so ist dieselbe berechtigt, die weiblichen Freiheiten anzurufen. Dies hat dieselbe auch bei Abschluß des Vermögensabsonderungsvertrags mit ihrem Ehemann gethan. Sie ist aber zur Anrufung jener Rechtswohlthat auch noch im vorliegenden Rechtsstreit befugt gewesen; denn durch den Abschluß jenes die Auflösung der Errungenschaftsgesellschaft festsetzenden Vertrags ist die Beklagte nicht gehindert, gegenüber den vorher eingangenen Sozialschulden sich auf die fragliche Rechtswohlthat zu berufen.

Entscheidung d. 2. Senats des Oberlandesgerichts in Sachen der Firma M. u. N. gegen die Ehefrau des Steinhauers Friedrich K. in Ilshofen vom 13. Mai 1886.

28.

Steht dem Detentor die Spolienklage zu? [1]

Der Kläger Karl R. in Deggingen hat von dem nach Amerika ausgewanderten Friedrich B. daselbst eine Reihe von Grundstücken gepachtet. Er glaubte, unter diese gehöre auch eine zwischen diesen Grundstücken liegende dem Richard B. gehörige Parzelle. Er hat dieselbe umgeackert und angepflanzt. Der Beklagte Josef Pf. hat diese Parzelle von Richard B. gekauft, sich gegen den Widerspruch des Klägers in den Besitz derselben gesetzt und dieselbe eingeerntet. Der Beklagte wurde zum Ersatz des Werts der Früchte an den Kläger verurteilt und dabei ausgesprochen:

Die Gerichtspraxis hat in Erweiterung der Grundsätze des Römischen Rechts über das interdictum de vi und im Anschluß an die Bestimmungen des kanonischen Rechts die

1) S. nun auch Seuff. Archiv B. 42 n. 99 S. 141.

sog. Spolienklage als Rechtsmittel zum Schutz auch des Detentors beweglicher und unbeweglicher Sachen, welcher die Detention in eigenem Interesse ausübt, z. B. als Pächter, gegen jede eigenmächtige Entsetzung aus der Detention eingeführt [1]).

Gegen diese Gerichtspraxis haben sich nun zwar vereinzelte gerichtliche Entscheidungen namentlich aus älterer Zeit [2]) und verschiedene Rechtslehrer [3]) ausgesprochen, wobei übrigens die unten in Note 3 letztangeführten die Gewährung des Schutzes gegen jede eigenmächtige Besitzentsetzung nicht als ungerechtfertigt erachten.

Da nun aber ein entschiedenes Bedürfnis für die Ausdehnung des Besitzschutzes auf die Fälle eigenmächtiger Entsetzung des in eigenem Interesse Detinierenden aus der Detention spricht und da das Landrecht I tit. 23 § 7 mit der daselbst gegebenen Definition der exceptio spolii keine der Zulässigkeit dieser Ausdehnung entgegenstehende Bestimmung über die Erfordernisse der Spolienklage gegeben hat, so hat man keinen Anstand genommen, sich obiger auch vom Reichsgericht gebilligten Gerichtspraxis anzuschließen.

Urteil d. II. Senats des O.L.Gerichts in Sachen Josef Pf. v. Deggingen gegen Karl R. v. da vom 15. Oktober 1885.

---

1) Seuff. Archiv B. 1 n. 224; B. 2 n. 50; B. 3 n. 56, 173; B. 5 n. 23; B. 12 n. 241; B. 24 n. 212; B. 25 n. 7; B. 26 n. 220. B. 31 n. 111; B. 34 n. 274; B. 37 n. 290; B. 40 n. 96. Entsch. d. Reichsg. B. 5. S. 164; Sintenis CivilR. II § 124 n. 48; Arndts Pand. § 173; Bruns, Besitzklagen S. 212 ff.; Stobbe, deutsch. Priv.R. (2. Aufl.) II S. 43 ff; Jhering, Grund des Besitzschutzes S 138; Bähr, Urteile des Reichsg. S. 37 ff.

2) Sarwey, Monatschrift II S. 181 ff.; Hufnagel, Mitteilungen I S. 104 ff.; Seuff. Archiv B. 1 n. 225; B. 3 n. 56; B 22 n. 147; B. 26 n 220; B. 37 n. 290.

3) Savigny, Besitz 6. Aufl. S. 619 ff.; Seuffert, Pand. § 415 n. 2; Windscheid, Pand. I § 162; Randa, Besitz, 3. Aufl. S. 144 ff.

29.

Liegt eine Interzession vor, wenn eine Frau, welche eine Forderung zediert, sich für diese Forderung als Bürgin haftbar macht?

Begründung der Einwendung, eine Urkunde im Irrtum unterzeichnet zu haben.

Ist ein Betrag, welchen der Gläubiger aus einer Zwangsvollstreckung oder im Konkurs erhält, verhältnismäßig auf Kapital und Zinsen abzurechnen?

Bezieht sich Landr. II tit. 5 § 9 auch auf den Fall einer bloß thatsächlichen Nichteinklagung nach Ablauf des Zahlungstermins?

In Band 14 S. 363 bis 372 des Württemb. Archiv's von Sarwey ist die Rechtsprechung des vormaligen Obertribunals zusammengestellt darüber, wie die Haftung des Zedenten für die Güte der zedierten Forderung aufzufassen sei. Drei jener Entscheidungen handeln von der Frage, ob in der Eingehung der Verpflichtung, für die Güte der zedierten Forderung haften zu wollen, beziehungsweise in der Übernahme einer Bürgschaft für dieselbe, eine Interzession liege, nemlich die Entscheidung v. $\frac{\text{22. Jan.}}{\text{9. Febr.}}$ 1858 in der Ationssache der Leihkasse Gauingen c. Mink, diejenige v. 8. März 1867, Wegerle c. Berger, und vom 9. März 1871, Bechler c. Pfau. In diesen Entscheidungen tritt ein verschiedener Standpunkt zu Tage. Neuerdings kam die Frage wieder zur Erörterung und Entscheidung:

Am 8. Oktober 1875 hat die Wittwe Anna B. von Laufen der Spar- und Waisenkasse Villingen Güterzieler im Betrag von 1500 M verkauft und zediert, welche sie an den Mechaniker Sch. v. Laufen zu fordern hatte. Diese Güterzieler waren durch den Pfandrechtsvorbehalt auf der verkauften Liegenschaft und die Bürgschaft eines Josef B. gesichert und an Georgii 1876 bis 1881 fällig. In der Zessionsurkunde

machte sich die Zedentin für die abgetretenen Zieler und Zinsen als Bürge und Selbstschuldner verbindlich, bis die Zessionarin vollkommen befriedigt sein werde.

Im Jahr 1880 kam der Schuldner Mechaniker Sch. in Konkurs. Bis dahin hatte die Spar- und Waisenkasse B. weder einen Zins, noch ein Ziel eingezogen. Mittelst der Zwangsvollstreckung in das verpfändete Grundstück erhielt dieselbe 941 ℳ 78 ₰ und aus dem Konkurs des Sch. 55 ℳ 65 ₰. Im Jahr 1881 war auch der Bürge Josef B. vermögenslos geworden.

Im Jahr 1886 trat die Spar- und Waisenkasse B. gegen die Zedentin Anna B. auf Grund der übernommenen Bürgschaft für die Schuld des Sch. mit einer Klage auf, in welcher sie 744 ℳ nebst Zinsen v. 1. Januar 1883 an forderte. Sie hatte dasjenige, was sie aus dem Vermögen des Sch. erhalten hatte, zunächst auf die rückständigen Zinsen und sodann auf das Kapital abgerechnet.

Die Beklagte machte geltend, es sei von keiner Seite die Übernahme einer Bürgschaft von ihr verlangt worden; sie habe die Urkunde unterzeichnet, ohne zu wissen, daß dieselbe eine solche Erklärung enthalte. Sie habe diese Erklärung, Bürgin sein zu wollen, jedenfalls nicht vor dem Gemeinderat oder einer Deputation desselben abgegeben. In dem Versprechen, für die Güte der Forderung haften zu wollen, sei mehr nicht enthalten, als daß der Schuldner zur Zeit der Zession, äußerstenfalls zur Zeit der Fälligkeit der Zieler solvent sei. Die Klägerin habe deshalb zu beweisen, daß der Schuldner schon damals zahlungsunfähig gewesen sei. Dieselbe habe ihren Verlust durch Nachlässigkeit im Beitreiben der Forderung selbst verschuldet. Diejenigen Prozente, welche die Klägerin im Zwangsvollstreckungsverfahren und im Konkurs des Sch. erhalten habe, müssen auf das Kapital und die Zinsen verhältnismäßig verrechnet werden, in welchem Fall die restliche Kapitalforderung eine erheblich kleinere sei. Endlich könne die Klägerin gemäß Landr. Th. II tit. 5 § 9 Zinsen vom 1. Januar 1883 an nicht beanspruchen.

Die Civilkammer des Landgerichts zu R. hat die Beklagte zur Bezahlung von 744 ℳ verurteilt, dagegen die Klägerin mit ihrem Zinsenanspruch abgewiesen. Dieselbe ging davon aus, die Parteien haben die Übernahme einer Bürgschaft durch die Beklagte beabsichtigt. Hienach sei es erforderlich gewesen, die Förmlichkeiten der Interzession zu wahren. Daß dies aber geschehen sei, sei bewiesen. Zinsen könne die Klägerin nach der angeführten Stelle des Landrechts nicht verlangen.

Die gegen das Urteil des Landgerichts erhobene Berufung wurde zurückgewiesen, dieses Urteil aber auf die Anschließung der Klägerin dahin abgeändert, daß derselben auch die geforderten Zinsen zuerkannt wurden.

Gründe:

I. Die Beklagte bestreitet, daß sie sich der Klägerin gegenüber für die abgetretene Forderung als Bürgin und Selbstschuldnerin haftbar gemacht habe. Allein dieselbe hat zugegeben, daß sie die über die Zession aufgenommene Urkunde unterzeichnet hat. Hiedurch ist nach § 381 C.P.O. voller Beweis dafür erbracht, daß sie der Klägerin gegenüber die in der Urkunde enthaltene Erklärung, somit auch das Versprechen, für die Zieler und Zinsen als Bürgin und Selbstschuldnerin haften zu wollen, abgegeben hat. Will die Beklagte behaupten, sie sei über den bezeichneten Inhalt der Urkunde im Irrtum gewesen, so hat sie dies thatsächlich zu begründen und zu beweisen. Allein schlüssige Thatsachen sind hiefür von der Beklagten nicht angegeben worden. Da sie lesen kann, so genügt hiezu die Behauptung, es sei ihr von keiner Seite die Verbürgung angesonnen worden, nicht, und da sie nicht geltend machen kann, es sei ihr die Möglichkeit des Durchlesens der Urkunde entzogen gewesen, ebensowenig die weitere Behauptung, daß sie den gedruckten Bürgschaftsvermerk übersehen habe.

Der Umstand, daß sich in keiner Kundgebung der Klägerin ein Hinweis auf eine Verbürgung der Beklagten findet, erklärt sich durch die gleiche Nachlässigkeit, mit der die Einforderung der Zinsen unterlassen worden ist, und die Unthätigkeit der Beklagten daraus, daß so lange keine Ansprüche an

sie erhoben wurden. Wäre sodann auch anzunehmen, daß die die Verbürgung der Beklagten enthaltende Stelle der Urkunde von dem Pfandhilfsbeamten und der Unterpfandsbehörde übersehen worden sei, so wäre dies nicht auch für die Beklagte bewiesen, da ihr in den vorangegangenen Verhandlungen das Verlangen der Klägerin, daß sich die Beklagte zu verbürgen habe und der Inhalt der zu unterzeichnenden Urkunde zur Kenntnis gekommen sein kann. Gegen die Beklagte aber kommen ihre in I. Instanz abgegebenen Erklärungen in Betracht, wornach sie nicht bestritten hat „daß sie sich in der Zessionsurkunde für die abgetretenen Zieler als Bürge und Selbstschuldnerin haftbar gemacht habe", beziehungsweise „daß sie die Bürgschaftsurkunde mit der darin enthaltenen Bürgschaftserklärung unterschrieben habe." Hieraus geht in Verbindung mit dem weiteren Vorbringen jedenfalls so viel hervor, daß sie selbst in I. Instanz die Behauptung, sie habe die Urkunde in Unkenntnis ihres Inhalts unterzeichnet, aufzustellen nicht gewillt war.

Hienach kann davon, daß ein Beweis für die letztangeführte Thatsache vorhanden sei, nicht die Rede sein.

II. Die Beklagte hat am 8. Oktober 1875 durch Unterzeichnung der Zessionsurkunde der Klägerin gegenüber die Erklärung abgegeben, „daß sie sich zugleich für die abgetretenen Zieler und Zinsen als Bürge und Selbstschuldner zu haften verbinde, bis die Zessionarin vollkommen befriedigt sein werde, zu welchem Ende sie auf alle Einreden und Ausflüchte, namentlich der Vorausklage und Teilung hiemit wohlbedächtig verzichte."

Es ist nicht zu bezweifeln, daß die Parteien bei dem Verkauf einer Forderung neben der eigentlichen Leistung, Zession derselben, noch eine Nebenleistung bedingen können, welche sie wollen. Sie können die gesetzliche Haftpflicht des Verkäufers einer Forderung für das Bestehen derselben erweitern in eine Haftpflicht für die Güte dieser Forderung und sie können dieser Haftung eine Gestalt geben, welche sie wollen, entweder diejenige eines Garantieversprechens, Gewähr-

leistungsversprechens für die Güte der Forderung, oder dieses Versprechen wieder in die Form einer Bürgschaft kleiden. Und im Falle eines Gewährleistungsversprechens kann der Verpflichtete haften zu wollen erklären für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit des Verkaufs der Forderung, zur Zeit der Fälligkeit oder auch zur Zeit des beliebigen Einzugs durch den Gläubiger und er kann weiter versprechen, wenn Zahlung nicht erfolge, auch ohne vorgängige Ausklagung des Schuldners zahlen zu wollen.

Es ist ferner richtig, daß je nach der Gestaltung dieser Verbindlichkeit verschiedene rechtliche Folgen eintreten können, wofür auf die Ausführung in Sarwey's Archiv Bd. 14 S. 369 verwiesen werden kann.

Allein es kann nicht anerkannt werden, daß die Entscheidung, ob eine Interzession vorliege, davon abhängen soll, ob ein selbständiges Gewährleistungsversprechen eingegangen wird, durch welches der Versprechende sich verbindlich macht, dem Gläubiger das Interesse der nicht erfolgenden Leistung zu erstatten, oder ob die accessorische Verbindlichkeit einer Bürgschaftsleistung übernommen wird. Diese Alternative deckt sich mit der Frage, ob eine Interzession vorhanden ist, nicht.

Daß auch durch die Übernahme einer selbständigen Verbindlichkeit eine Interzession vorgenommen werden kann, geht nicht allein aus dem Fall der tacita intercessio, sondern insbesondere demjenigen des Mandatum qualificatum hervor, bei welchem der Mandant erklärt, für dasjenige haften zu wollen, was der Mandatar für den Dritten aufzuwenden haben werde. Es wird auch nicht zu bestreiten sein, daß, wenn Jemand eine Forderung gegen einen bedrängten Schuldner aufkauft, um diesem zu helfen, diese Forderung an den Gläubiger um dieselbe Summe wieder verkauft, und sich gleichzeitig für die Güte der Forderung haftbar erklärt, hier eine Interzession vorliege. Andererseits kann eine förmliche Bürgschaft eingegangen werden und doch das Vorhandensein einer Interzession ausgeschlossen sein s. l. 13 Dg. 16. 1, quod tum accidit, quum mulier prima facie quidem alienam, re vera autem

suam obligationem suscipiat, ut ecce, si pro fidejussore suo intercedat.

Hienach kann es auch nicht darauf ankommen, welche Ausdrücke die Parteien gewählt haben, ob sie von Übernahme einer Haftung oder einer Bürgschaft gesprochen haben, Ausdrücke, die so vermischt sein können, daß häufig nicht zu erkennen wäre, was beabsichtigt worden ist.

Der Begriff der Interzession setzt voraus, daß die fremde Schuld in fremdem und nicht im eigenen Interesse übernommen wird, und wenn auch dies zum Teil bestritten wird, so kommt doch die Formulierung, die Frau müsse eine fremde Verbindlichkeit übernommen haben d. h. eine Verbindlichkeit, welche ihr nicht bloß formal, sondern auch materiell fremd sei, regelmäßig auf das Gleiche hinaus. Materiell fremd ist ihr eine Verbindlichkeit, welche nicht ihr, sondern das Interesse eines Andern betrifft. Von einer Interzession kann dann nicht die Rede sein, wenn die übernommene Verbindlichkeit nur den eigenen Vorteil fördern soll.

Die Streitfrage, ob die fremde Verbindlichkeit auch als fremde übernommen sein müsse d. h. ob die interzedierende Frau gehofft haben müsse, schon mit der Zahlung der fremden Schuld verschont zu bleiben, oder nur keinen Schaden aus der Bürgschaft zu haben, ist hievon unabhängig.

Fälle, in welchen eine eigene, nur scheinbar fremde Verbindlichkeit übernommen wird, sind enthalten in l. 3, l. 13, l. 17 § 2 erster Fall, l. 25 und l. 27 § 2 Dig. h. t., insbesondere stimmt der in letzterer Gesetzesstelle entschiedene im wesentlichen mit dem vorliegenden überein. Für diese Fälle wird aber in den Quellen gesagt, daß der Begriff einer Interzession ausgeschlossen sei s. l. 3, l. 17 § 2 Dg. h. t. »intercedere non videtur« »non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat «

Daß die Beklagte nur scheinbar eine fremde, in Wahrheit aber ihre eigentliche Verbindlichkeit übernommen und nur ihres eigenen Vorteils wegen sich verbürgt hat, ist erwiesen.

Als die Beklagte die fragliche Forderung an die Klä-

gerin verkauft hat und sie sich für dieselbe verbürgte, handelte es sich in keiner Weise um das Interesse des Schuldners Sch. Ein solches ist nicht einmal angedeutet. Es sollte demselben kein Kredit verschafft oder prolongiert werden. Denn es war demselben schon der Kaufschilling für den erkauften Acker angeborgt und es waren die Zahlungstermine für diesen Kaufschilling schon festgesetzt.

Vielmehr hat sich die Beklagte durch Veräußerung der erst nach und nach in mehreren Jahren fälligen Zieler selbst bares Geld verschaffen wollen, und zwar, indem sie sich als Bürgin und Selbstschuldnerin haftbar machte, in höherem Betrag, als wenn sie die Forderung ohne ihre eigene Bürgschaft verkauft hätte. Insbesondere, nachdem sie sich als Selbstschuldnerin verbindlich gemacht hat, ist das Verhältnis materiell kein anderes, als wenn sie ein Darlehen von der Klägerin gegen Provision aufgenommen, dafür die ihr gegen Sch. zustehende Forderung als Sicherheit bestellt, und bedungen hätte, das Darlehen sei frühestens in Raten bis Georgii 1876—1881 zurückzubezahlen.

Da nach dem Ausgeführten das Vorhandensein einer Interzession zu verneinen ist, so findet auch Art. 5 des Gesetzes vom 21. Mai 1828 keine Anwendung. Es ist von dem vormaligen Obertribunal und dem Oberlandesgericht stets daran festgehalten worden, daß das württembergische Recht an dem Begriff der Interzession, wie er sich aus dem gemeinen Recht ergibt, nichts geändert habe. Nur die Ausnahmen, in welchen trotz des Vorhandenseins einer Interzession aus besondern Gründen der Schutz des Sctm. Vellejanum nicht gewährt wurde, sind beseitigt. Eine andere Auffassung geht auch nicht aus der in Sarwey's Archiv Bd. 15 S. 160 angeführten Entscheidung des vormaligen Obertribunals hervor. Es ist hier die Rede von der Interzession animo donandi oder gegen Bezahlung. Die Frage, ob in diesen Fällen, in welchen es sich in der That von einem Eintreten und einer Kreditgewährung für einen Andern handelt, der Begriff der Interzession ausgeschlossen ist, oder ob eine der erwähnten

Ausnahmen vorliegt, ist ohne Bedeutung für die Entscheidung des vorliegenden Streits.

Hienach erscheint die Verbindlichkeit, welche die Beklagte in der Urkunde vom 8. Oktober 1875 übernommen hat, für die Schuld des Mechanikers Sch. als Bürgin und Selbstschuldnerin haften zu wollen, auch ohne Einhaltung der in Art. 5 der vorerwähnten Gesetzes vorgeschriebenen Form als giltig.

III. Die Berufungsklägerin behauptet, auch vom Standpunkt des Gewährleistungsversprechens aus wäre die Klage nicht begründet und dieses Versprechen sei höchstens dahin zu verstehen, sie wolle für die Güte der Forderung zur Zeit der Zession, eventuell zur Zeit der Fälligkeit derselben haften. Allein wie dieses Versprechen zu verstehen ist, dies bestimmt sich nach der getroffenen Übereinkunft. Nun hat sich die Beklagte ohne irgend eine Zeitbeschränkung und unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage für gedachte Zieler und Zinsen haftbar erklärt, bis die Zessionarin vollkommen befriedigt sein werde, also nicht bloß für die Zeit der Zession oder die Fälligkeit der Zieler, sondern bis zur Bezahlung derselben. Dadurch, daß für die Schuld des Christian Sch. Termine festgesetzt waren, vor deren Ablauf derselbe nicht sollte belangt werden können, war nicht ausgedrückt, daß diese Zieler nach Verfluß der Frist eingezogen werden sollen, und ebensowenig ergab sich dies daraus, daß die Forderung an eine mit Zielern handelnde Kasse abgetreten wurde, denn auch dieser konnte es unter Umständen vorteilhaft erscheinen, das Kapital stehen zu lassen. Wollte die Beklagte nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt haften, so hätte sie dies ausdrücken sollen. Hienach ist die Auslegung, welche die Beklagte der von ihr übernommenen Verpflichtung gibt, eine zu enge, und es fällt damit auch die weitere Folgerung, die Klägerin sei sachfällig, wenn sie nicht erweise, daß die Zieler schon zur Zeit der Zession oder wenigstens der Fälligkeit uneinbringlich gewesen seien, weg.

IV. Die Frage, ob dem Gläubiger auch von demjenigen, der sich als Selbstschuldner unter Verzicht auf die Einrede

der Vorausklage verbindlich gemacht hat, die Einwendung entgegen gehalten werden kann, derselbe könne durch eigene Schuld die Klagen gegen den Schuldner beziehungsweise dessen Bürgen nicht mehr mit voller Wirksamkeit abtreten, bedarf nicht der Entscheidung. Auch wenn man von der Bejahung derselben ausgeht, so kann doch eine dem Selbstschuldnerbürgen gegenüber zu vertretende Fahrlässigkeit nicht schon in der bloßen weiteren Anborgung gefunden werden, sondern es bedarf des Beweises, daß der Gläubiger Klage gegen den Schuldner unterlassen hat, trotzdem daß er die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners oder die Wertsabnahme der vorhandenen weitern Sicherheiten kannte. Ein solcher Beweis aber ist von der Beklagten nicht geliefert. (Dies wird nun auf grund der vorliegenden Thatsachen weiter ausgeführt.)

V. Die Berufungsklägerin will nunmehr dasjenige, was die Spar- und Waisenkasse B. durch das Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Schuldner Sch. und aus dessen Konkurs erhalten hat, anders verrechnen und zwar gleichmäßig auf Kapital und Zinsen. Allein zu einer solchen Berechnung ist die Berufungsklägerin nicht befugt. Es widerstreitet dies dem Grundsatz der l. 101 § 1 Dg. de sol. und l. 35 Dig. de pign. actione, wornach der Gläubiger, der das Pfand verkauft, abrechnen kann, wie es ihm am günstigsten ist. Außerdem ist der Gläubigerin durch die Zwangsvollstreckungsbehörde auch nicht erklärt worden, daß der derselben zugewiesene Betrag gleichmäßig auf Kapital und Zins entfalle. Sie kann daher der gesetzlichen Regel gemäß das Erhaltene auf die Zinsen zuerst anrechnen. Das Gleiche gilt auch bezüglich desjenigen Betrags, welchen die Klägerin aus dem Konkurse des Sch. erhalten hat. In diesem ist auf die Gesamtforderung jedes Gläubigers den andern Gläubigern gegenüber ein gewisser Prozentsatz entfallen. Daraus folgt aber nicht, daß der Gläubiger das Empfangene in eben diesem Verhältnis auf Kapital und Zinsen zu verrechnen habe [1]). Die Behauptung

---

1) Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 1 S. 199; Bd. 10 S. 160.

sodann, die Klägerin müsse sich auch diejenigen Zahlungen, welche sie aus dem Vermögen des Schuldners Sch. auf die Zinsen erhalten habe, der Beklagten gegenüber in Gemäßheit von Landrecht II tit. 5 § 9 auf das Kapital anrechnen lassen, ist schon deshalb zu verwerfen, weil die hier getroffene Bestimmung des Landrechts im vorliegenden Fall überhaupt keine Anwendung findet.

VI. Die Klägerin findet sich durch das erstrichterliche Urteil insofern beschwert, als derselben die verlangten Zinsen vom 1. Januar 1883 an abgesprochen worden sind. Die Beklagte beruft sich für ihre Behauptung, daß die Klägerin keine Zinsen anzusprechen habe, auf die angeführte Vorschrift von Landr. Teil II tit. 5 § 9. Allein hier ist, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes mit Bestimmtheit ergibt, vorausgesetzt, daß dem Schuldner von dem Gläubiger eine Vorgfrist erteilt worden ist. Denn die Folge, daß der Bürge dem Gläubiger weiter nicht, als das Kapital zu bezahlen verhaftet, wird daran geknüpft, „daß der Hauptschuldner bei dem Gläubiger weitere Dilation und Fristung ausgebracht," und von einem „Zuwissenmachen der prorogierten oder erstreckten Zeit" kann nur dann die Rede sein, wenn die Erstreckung der ursprünglich bedungenen Zeit auf einer Vereinbarung des Gläubigers und Schuldners beruht. Dafür aber, daß der Schuldner Sch. bei der Spar- und Waisenkasse B. weitere Dilation und Fristung ausgebracht habe, sind von der Beklagten keine Thatsachen vorgetragen worden. Es liegt nichts vor, als daß die Klägerin versäumt hat, einen Schritt gegen den Schuldner Sch. zu thun. Hienach hat die Beklagte auch für die rückständigen Zinsen zu haften, welche die Klägerin vom 1. Januar 1883 an verlangt.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts in Sachen B. c. Leih- und Sparkasse B. vom 12. Juli 1887.

30.

Voraussetzungen der Gerichtsstände der §§ 686 u. 29 der Civilprozeßordnung.

Eine in Castel ansäßige Firma erwirkte im Januar 1887 gegen eine in Berlin ansässige Firma ein vollstreckbares Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts zu Mainz auf Bezahlung von 3000 Mk. Nachdem im Auftrag der Casteler Firma der Berliner Firma gehörige Gegenstände zu Mainz gepfändet worden waren, schlossen die Parteien im Februar 1887 einen Vertrag zu Berlin ab, in welchem bestimmt wurde, daß die Berliner Firma der Casteler gewisse Leistungen zu machen habe, das erwähnte Urteil der Handelskammer Mainz sowie die auf grund desselben erfolgte Pfändung aber in kraft bleibe. Nach der Behauptung der Berliner Firma soll dabei weiter vereinbart worden sein, daß die Casteler Firma gegen die im Vertrag genannten Leistungen der Berliner Firma von weiteren Zwangsvollstreckungsmaßregeln gegen letztere abzusehen sich verpflichte. Als nun die Casteler Firma im März 1887 auf Grund des Urteils der Handelskammer zu Mainz Waren der Berliner Firma in Stuttgart pfänden ließ, erhob letztere bei der Civilkammer des Landgerichts Stuttgart Klage gegen die Casteler Firma mit dem Antrag: die Bekl. zu verurteilen, anzuerkennen, daß sie nicht berechtigt sei, die Zwangsvollstreckung in die zu Stuttgart gepfändeten Gegenstände der Klin. vorzunehmen. Die Klage wurde auf den zwischen den Parteien im Februar abgeschlossenen Vertrag, die Zuständigkeit des Landgerichts Stuttgart auf § 29 C.P.O. gestützt.

Die Beklagte hat die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts vorgeschützt. Diese Einrede wurde vom Oberlandesgericht für zutreffend erachtet aus folgenden

Gründen:

Indem Klin. behauptet, die vertragsmäßige Voraussetzung,

unter welcher die Bekl. sich verpflichtet habe, weitere Zwangsvollstreckungsmaßregeln gegen die Klin. zu unterlassen, sei eingetreten, macht sie eine Einwendung gegen die Statthaftigkeit der in Stuttgart vorgenommenen Zwangsvollstreckung geltend. Das Verfahren in betreff solcher Einwendungen will die Civilprozeßordnung erschöpfend regeln. Die Motive zu den §§ 668. 685—689 des Gesetzes (§§ 617. 634—638 des Entwurfs) geben den Sinn des Gesetzes in dieser Richtung zutreffend wieder. In denselben ist gesagt: „Die richtige Behandlung der von dem Schuldner in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend zu machenden Einwendungen ist ein dringendes Bedürfnis —. Die Einwendungen betreffen entweder die formelle oder materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung.“ Nachdem sodann zunächst die Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 668 C.P.O.) erörtert sind, wird ausgeführt, daß die Einwendungen „gegen den Modus der Vollstreckung oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers“, welche „auf einer angeblichen Verletzung der für das Vollstreckungsverfahren gegebenen Vorschrift durch den Gerichtsvollzieher beruhen“, vor das Vollstreckungsgericht gehören, die Einwendungen dagegen, „welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen“, weil „von materieller Bedeutung“, vor das Prozeßgericht.

Es sind also in § 685 C.P.O. die Einwendungen gegen die formelle, in § 686 diejenigen gegen die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung behandelt; der Ausdruck: „Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen“, soll nur den Gegensatz gegen die „Einwendungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffen“ bezeichnen und ist gleichbedeutend mit „Einwendungen, welche die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung betreffen“ [1]). Alle Einwendungen gegen die Statthaftigkeit einer Zwangsvollstreckung, welche nicht unter die §§ 668 und 685 C.P.O.

1) Vrgl. die Kommentare zur C.P.O. von v. Wilmowsky und Levy (4. Aufl.) u. Seuffert (3. Aufl.) je bei § 686.

fallen, sind unter § 686 zu subsumieren. Die mit der vorliegenden Klage gegen die Statthaftigkeit der von der Bekl. in Stuttgart betriebenen Pfändung erhobene Einwendung ist somit im Sinn des Gesetzes eine Einwendung gegen den Anspruch selbst: der Schuldner, die Klägerin, macht mit derselben geltend, daß der Anspruch der Bekl., wenn er auch an sich fortdauernd zu Recht besteht, doch in Folge der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung nicht mehr als vollstreckbarer besteht. Die Sachlage ist im gegenwärtigen Rechtsstreit keine andere, als wenn ein Schuldner gegen die ihm gegenüber eingeleitete Zwangsvollstreckung die Einwendung vorbringt: der Gläubiger habe ihm nach Verkündung des Urteils hinsichtlich des in Frage stehenden Anspruchs Stundung gewährt; auch eine gestundete Forderung bleibt in Kraft und trotzdem ist die Einrede der Stundung unbedenklich als Einwendung gegen den Anspruch selbst im Sinn des § 686 C.P.O. zu behandeln [1]). Ist aber der Grund, aus welchem Klin. die Statthaftigkeit der im Auftrag der Bekl. in Stuttgart gegen sie vorgenommenen Pfändung bestreitet, als Einwendung, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft, anzusehen, so kann über die Klage jedenfalls dann, wenn mit derselben die Einstellung oder Aufhebung der begonnenen Zwangsvollstreckung herbeizuführen bezweckt wird, nur die Kammer für Handelssachen des Landgerichts zu Mainz als „Prozeßgericht erster Instanz" im Sinn des § 686 C.P.O. entscheiden (§ 707 C.P.O.).

(Es wird nun ausgeführt, daß die erhobene Klage auf Aufhebung der in Stuttgart vorgenommenen Pfändung gerichtet ist, und hierauf fortgefahren:)

Wenn aber auch je auf die vorliegende Klage der § 686 C.P.O. keine Anwendung finden sollte, so wäre für dieselbe doch kein Gerichtsstand in Stuttgart begründet. Ein anderer

1) Vergl. die Kommentare zur C.P.O. von Gaupp, v. Wilmowski u. Levy (4. Aufl.), Seuffert (3. Aufl.), Struckmann-Koch (4. Aufl.) je bei § 686.

Gerichtsstand als der des § 29 C.P.O. ist zweifellos in Stuttgart nicht gegeben, auch der des § 32 C.P.O. nicht, da diese Gesetzesbestimmung sich auf schuldvolle Verletzungen vertragsmäßiger Verbindlichkeiten nicht bezieht. Aber auch der des § 29 C.P.O. trifft nicht zu, wenn man auch die Klage als Klage auf Feststellung des Bestehens oder auf Erfüllung des Vertrags vom 28. Februar 1887 auffassen wollte. Denn für eine derartige Klage ist nach § 29 C.P.O. zuständig das Gericht des Orts „wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist“ d. h. das Gericht des Orts, an welchem der Vertrag, um den es sich handelt, bezw. — bei zweiseitigen Verträgen — diejenige vertragsmäßige Verpflichtung, welche in dem betreffenden Rechtsstreit Streitgegenstand ist, erfüllt werden muß [1]). Streitig ist im gegenwärtigen Rechtsstreit die angebliche vertragsmäßige Verpflichtung der Bekl., von weiteren Zwangsvollstreckungsmaßregeln gegen die Klin. abzusehen. Für diese Verpflichtung besteht nach dem Inhalt des Vertrags ein bestimmter Erfüllungsort außerhalb des allgemeinen Gerichtsstands des Verpflichteten nicht. Ist aber für eine vertragsmäßige Verpflichtung ein bestimmter Erfüllungsort nach dem Vertrag nicht gegeben, so wird ein solcher auch nicht nachträglich dadurch geschaffen, daß — und an dem Ort, wo der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit zuwider gehandelt hat. Auch der zufällige Umstand ändert hieran nichts, daß derjenige, der dem Vertrag zuwider gehandelt hat, verpflichtet sein mag, am Ort der Zuwiderhandlung den Zustand, wie er vor der Vertragsverletzung bestand, widerherzustellen (also im vorliegenden Fall der Umstand, daß die Freigabe der gepfändeten Waren in Stuttgart zu erfolgen hätte). Denn Erfüllungsort eines Vertrags ist eben der Ort, wo nach dem Inhalt des Vertrags die im Vertrag festgesetzte Leistung zu erfolgen hat, nicht derjenige, wo die aus einer Verletzung

1) Vrgl. Gaupp, Kommentar zur C.P.O. Anm. II zu § 29; Entscheidungen des R.G. in Civilsachen III nr. 107 S. 385; nr. 118 S. 414—15.

des Vertrags entspringenden Verbindlichkeiten zu erfüllen sind.

Urteil des I. Civilsenats des O.L.Gerichts vom 11. November 1887 in Sachen D. g. B. u. W.

31.

Die Grundlosigkeit einer Arrestanlage ist zur Begründung eines Ersatzanspruchs nicht genügend.

Die erhobene Klage auf Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Arrestanlage wurde, soweit sie sich auf schuldhafte Herbeiführung der letzteren stützte, abgewiesen, weil ein Verschulden des Beklagten nicht vorlag, wobei die weitere Frage, ob zur Begründung dieser Ersatzpflicht böser Vorsatz (dolus) erfordert werde, oder aber ein Versehen (culpa) genüge, dahin gestellt bleiben konnte [1]).

Soweit der Ersatzanspruch schlechthin auf die Erwirkung eines ungerechtfertigten Arrestes gegründet wurde, wurde derselbe aus folgenden Gründen verworfen:

Wenn man auch in Landrecht Tl. I Tit. 79 § ult. die Bestimmung finden will, daß ungerechtfertigte Arrestanlage für den hiedurch verursachten Schaden ersatzpflichtig mache [2]), so ist doch diese Bestimmung durch den Art. 843 der württemb. Civilprozeßordnung von 1868, welcher die Ersatzpflicht von einer schuldhafter Weise erfolgten Herbeiführung des Arrestes abhängig macht, abgeändert worden und durch die diesen Art. 843 aufhebende Bestimmung des Art. 34 des württ. Ausführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung nicht wieder in

1) vgl. **Buchka** und **Budde**, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock, Bd. 2 S. 223 ff.; **Dernburg**, Pand. Bd. 2 S. 347; **Gaupp**, C.P.O. Bd. 3 S. 472; **Seuffert**, Arch. Bd. 38 Nr. 290 und Bd. 40 Nr. 20.

2) **Wächter**, württemb. Privatrecht Bd. 2 S. 360 bei Anm. 9, **Faber** und **Schloßberger**, Landrechtsakten S. 115, 283.

Kraft getreten [1]). Die Reichscivilprozeßordnung hat diese Frage als dem bürgerlichen Rechte angehörig nicht entschieden [2]), und es ergibt sich insbesondere diese Verpflichtung nicht aus den Bestimmungen über Prozeßkostenersatz, namentlich nicht aus der nach C.P.O. § 808 auf den Arrest entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 697 Abs. 2 daselbst, wornach für den Fall, daß der Arrest als unrechtmäßig aufgehoben wird, der Arrestkläger dem Arrestbeklagten die durch den Arrest verursachten Kosten zu ersetzen hat, weil auch diese Bestimmung auf den Ersatz anderweitigen, in Folge der Arrestanlage eingetretenen Schadens keine Anwendung findet [3]). Das hienach maßgebende bürgerliche Recht enthält nicht die Bestimmung, daß die Veranlassung eines ungerechtfertigten Arrestes für sich allein ersatzpflichtig macht. Der Arrestkläger darf vielmehr bei der dem Gerichte obliegenden Verbindlichkeit, gestellte Anträge zu prüfen und auf sie nur dann einzugehen, wenn sie sich als rechtlich und faktisch begründet darstellen, wie jeder andere Antragsteller erwarten, das Gericht werde seinem Antrage nur dann stattgeben, wenn derselbe begründet sei. Entspricht aber das Gericht einem unbegründeten Antrag, so folgt daraus noch keineswegs, daß der Antragsteller widerrechtlich gehandelt habe und deshalb ersatzpflichtig sei. Zwar besteht bei der Arrestanlage die Eigentümlichkeit, daß die zu sichernde Forderung, sowie der Arrestgrund nur glaubhaft gemacht, nicht erwiesen zu werden braucht, und daß die Entscheidung ohne vorgängiges Gehör des Gegners erfolgen kann. Allein wenn auch dieser Umstand einen Mißbrauch dieses Rechtsbehelfs erleichtert, so genügt doch diese Rücksicht nicht, denjenigen, welcher einen Arrest veranlaßt, abweichend von den bei anderen gerichtlichen Anträgen geltenden Grundsätzen schon

1) Gaupp, C.P.O. Bd. 3 S. 471 Anm. V.

2) Hahn, Materialien zur C.P.O. S. 475, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 7 S. 377—378.

3) Hahn, Materialien zur C.P.O. S. 197.

im Falle der grundlosen Anlegung desselben wegen des hiedurch verursachten Schadens verantwortlich zu machen [1]).

32.

Siebente Testamentsform.
Ist es erforderlich, daß bei dieser Form das Testament verschlossen den Zeugen zur Solennisation übergeben wird?

Der Bauer Joh. G. Merz von G. hat in einem am 26. Juli 1884 vor 7 Zeugen errichteten Testament über seinen Nachlaß zu gunsten seiner Ehefrau verfügt. Seine Seitenverwandten, welche neben seiner Ehefrau Intestaterben desselben gewesen wären, haben das Testament angefochten. Die Civilkammer des Landgerichts zu Ulm hat dem Klagegesuch gemäß erkannt, indem dieselbe davon ausgieng, das Testament sei nichtig, weil der Testator die Testamentsurkunde nicht vor den Zeugen unterschrieben habe. Als Testament nach der siebenten Form könne dasselbe nicht aufrecht erhalten werden, weil das Testament den Zeugen nicht verschlossen zur Solennisation übergeben worden sei. In letzterer Beziehung war

1) vgl. Bayer, Theorie der summarischen Prozesse § 29. Buchka und Budde, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock Bd. 2 S. 223 f; Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 290, Bd. 40 Nr. 20, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 7 Nr. 116 S. 377 f.

Die gegenteilige Ansicht wird vertreten von den bei Buchka und Budde, Entscheidungen cit. S. 239 angeführten älteren Schriftstellern, ferner von Briegleb, Einleitung in die Theorie der summar. Prozesse 1859 S. 364 ff., Heuser, Annalen der Justizpflege in Kurhessen Bd. 11 S. 661 f., Merkel, über Arrest 1880 S. 189.

Über die allgemeine Frage, in wie weit man durch die Veranlassung gerichtlicher Maßnahmen, an welche sich für die Gegner schädliche Folgen knüpfen, verantwortlich wird, zu vergl. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Aufl. 4 Bd. 1 S. 333; Dernburg, Preuß. Privatrecht Aufl. 3 Bd. 2 S. 853; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 11 Nr. 111; Seuffert, Arch. Bd 35 Nr. 12 u Bd. 37 Nr. 359.

das Oberlandesgericht anderer Ansicht. Die Klage wurde daher abgewiesen.

Gründe:

1) Die Klage, welche dahin geht, daß der Nachlaß des Bauern Johann Georg Merz in G. nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge unter den Parteien zu verteilen sei, ist an sich begründet, da die Kläger unbestrittener Maßen die nächsten gesetzlichen Erben des genannten Erblassers sind. Wenn die Beklagte dem Anspruch der Kläger unter Berufung auf das Testament des Johann Georg Merz vom 25./26. Juli 1884 entgegentritt, so hat sie zunächst die formelle Giltigkeit desselben, soweit solche bestritten wird, zu beweisen. Sind übrigens nach der über die Errichtung des Testaments aufgenommenen Urkunde die gesetzlichen Förmlichkeiten beobachtet worden, so ist es Sache der Kläger, wenn sie die formelle Giltigkeit des Testaments bestreiten, den Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Inhalts jener Urkunde zu führen, sowie eine von ihnen behauptete materielle Ungiltigkeit des Testaments darzuthun [1]).

2) Das Testament des verstorbenen Bauern Johann Georg Merz von G. ist nach der Beurkundung des Erblassers in demselben von einer vertrauten Person zu Papier gebracht, vom Erblasser selbst gelesen und unterzeichnet, sodann den von ihm erbetenen 7 Zeugen, unter welchen sich der Schultheiß und Ratsschreiber von G. befunden hat, mit der Erklärung vorgelegt worden, „daß diese von einer vertrauten Person verfaßte und von ihm durchgelesene Schrift, welche er in Gegenwart der Zeugen unterschrieben und besiegelt habe," seinen letzten Willen enthalte. Hierauf ist von den Zeugen nach vorgängiger Befragung des Erblassers über seine Willensfreiheit über vorstehenden Hergang bei der Testamentserrichtung im Anschluß an die Testamentsurkunde eine Solennisationsurkunde

1) **Windscheid**, Pand. III § 615 bei N. 4–6; **Sintenis**, Civilrecht III § 190, **Wächter**, württemb. Pr.R. II, 660 bei und in N. 21, württemb. Archiv XIII, 421 ff.; **Bofcher**, Zeitschr. Bd. XII S. 236; **Seuffert**, Arch. I, 95 Z. 8, IX, 314; zu vergl. Entsch. des RG. VIII, 172.

aufgenommen, solche unter Beidrückung der Siegel unterzeichnet und mit dem Testament in einen mit den Siegeln der Zeugen verschlossenen Umschlag gebracht worden.

Hienach stellt sich das Testament als ein vor 7 Zeugen errichtetes, somit als ein Privattestament dar, und zwar als ein schriftliches, da ausweislich der Solennisationsurkunde der Inhalt des Testaments den Zeugen vom Erblasser nicht mündlich eröffnet worden ist.

3) Darüber, in welcher Form das schriftliche Privattestament vom Erblasser errichtet werden wollte, hat die Beklagte keine Behauptung aufgestellt. Doch weist die Zuziehung von 7 Zeugen, sowie die Bemerkung in der Solennisationsurkunde, daß der Erblasser das Testament als von ihm in Gegenwart der Zeugen unterschrieben und besiegelt erklärt habe, darauf hin, daß zunächst das gemeinrechtliche schriftliche Privattestament vom Erblasser beabsichtigt gewesen sei. Die Förmlichkeit dieses Testaments besteht nämlich darin, daß der Erblasser das von ihm selbst geschriebene oder von einem Andern verfaßte Testament den von ihm zu diesem Zweck erbetenen 7 Zeugen mit der Erklärung, daß dasselbe seinen letzten Willen enthalte, vorlegt, und falls er das Testament nicht eigenhändig geschrieben und solches im Testament bemerkt hat, in Gegenwart der Zeugen unterschreibt [1]).

Die Unterzeichnung des Testaments durch den Erblasser vor den 7 Zeugen war daher im vorliegenden Fall zur Beobachtung jener Testamentsform notwendig, da dasselbe nicht vom Erblasser niedergeschrieben worden ist. Durch die von den Zeugen über die Errichtung des fraglichen Testaments aufgenommene Urkunde ist nun zwar, wie schon der vorige Richter dargelegt hat, der Beweis, daß der Erblasser das Testament in Gegenwart der Zeugen unterzeichnet habe, nicht geführt. Allein gleichwohl kann von der Erhebung des diesfalls von den Beklagten mit den Testamentszeugen angetretenen

---

1) l. 21 pr., 28 § 1 l. 6, 23, Reichsnotariatsordnung von 1512, II § 7, (Emminghaus, corp. jur. germ. I, 133).

Beweises Umgang genommen werden, weil bei der Errichtung des Testaments, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, eine andere Form als die des gemeinrechtlichen schriftlichen Privattestaments, beobachtet worden ist.

4) Wenn auch dem unter 3) Bemerkten zufolge die Absicht des Erblassers der Parteien zunächst auf die Errichtung eines gemeinrechtlichen schriftlichen Privattestaments gerichtet gewesen und dem Testament nicht die Klausel beigefügt ist, daß dasselbe auf jede Art aufrecht erhalten werden solle, (s. g. clausula omni meliore modo), so hat doch auf der andern Seite der Erblasser in seinem letzten Willen nicht zu erkennen gegeben, daß er denselben gerade nur in jener Form errichten wolle, und es kann bei der Rechtsunkunde des Erblassers auch nicht unterstellt werden, daß er nur eine bestimmte Testamentsform im Auge gehabt habe. Es ist daher, da davon auszugehen ist, daß der Erblasser ein gültiges Testament habe errichten wollen, anzunehmen, daß dessen eventuelle Absicht dahin gegangen sei, das Testament in derjenigen Form zu errichten, in welcher dasselbe zu Recht bestehen kann [1]).

Die Prüfung der Frage ob, das Testament in einer andern Form als in der des gemeinrechtlichen schriftlichen Privattestaments, gültig errichtet sei, ist nicht etwa darum ausgeschlossen, weil die Beklagte bezüglich jener Form keine Behauptung aufgestellt hat. Denn die erwähnte Frage ist eine Rechtsfrage und daher der Richter bei deren Beantwortung nicht an das Parteivorbringen gebunden.

Daß nun zunächst die s. g. sechste Testamentsform, welche darin besteht, daß der Erblasser sein schriftliches Privattestament vor dem Notar oder geschworenen Schreiber und 5 Zeugen, im Übrigen in der Form des gemeinrechtlichen schriftlichen Privattestaments errichtet [2]), im vorliegenden Fall dann nicht gewahrt ist, wenn der Erblasser seinen letzten

---

1) Weishaar, württemb. P. R. II § 706, Hohl-Kübel, Erbrecht (5. A.) S. 44, württemb. Arch. XI, 104, XIII, 181, XXII, 348.

2) Württemb. Arch. XVII, 216, XXII, 346.

Willen nicht vor jenen Solennitätspersonen unterzeichnet hat, ergibt sich aus dem über die Förmlichkeiten des gemeinrechtlichen schriftlichen Privattestaments Bemerkten. Dagegen sind bei dem in Rede stehenden Testament die Vorschriften der s. g. 7. Testamentsform beobachtet worden. Diese Testamentsform, welche durch einen konstanten Gerichtsgebrauch in Württemberg eingeführt worden ist, besteht in der Uebertragung der Grundsätze der zweiten und dritten landrechtlichen Testamentsform (Landr. III, § 5 und 7) auf die mystischen Privattestamente (Landr. a. a. O. § 12). Hienach hat der Erblasser den seinen letzten Willen enthaltenden schriftlichen Aufsatz, welcher entweder gemäß den Bestimmungen des Landr. III, § 5 abgefaßt oder von dem Erblasser unterzeichnet ist, dem Notar oder geschworenen Schreiber des Orts (dem Ratsschreiber) und 5 von ihm erbetenen Zeugen mit der Erklärung, daß der Aufsatz seinen letzten Willen enthalte, vorzulegen und hiemit die Bitte an jene Personen zu verbinden, über die Errichtung des Testaments eine Urkunde aufzunehmen, worauf sodann solche nach vorgängiger Befragung des Erblassers über seine Willensfreiheit von den genannten Personen aufzunehmen und unter Beidrückung der Siegel zu unterzeichnen, auch mit dem Testament in einen verschlossenen Umschlag zu verbringen ist [1]).

Nicht wesentlich ist bei jener Testamentsform, daß der Erblasser sein schriftliches Testament dem Aktuar und den Zeugen verschlossen (versiegelt) vorlegt. Zwar heißt es im Landr. III, 3 § 5, daß der Erblasser sein Testament mit seinem eigenen oder eines Zeugen Siegel zu verschließen und also verschlossen vor das gesessene Gericht zu bringen habe. Allein auf der andern Seite ist nach Landr. III, 3 § 7, wo von der Errichtung des schriftlichen Testaments vor einer gerichtlichen Deputation die Rede ist, dasselbe offen oder verschlossen dieser Deputation zu über-

1) Kapff, Civilrechtssprüche S. 113 ff., 127 ff. Note a), Sarwey, Monatsschrift VIII, 161, 152, Hufnagel, Mitt. I, 121 f., Boscher, Zeitschr. IV, 139 ff., XII, 11 ff., Bolley, 33 Aufsätze S. 4 ff., S. 420, Reyscher, württemb. Privatrecht III § 649, Römer, Erbrecht § 212, Hohl-Kübel, Erbrecht (5. Aufl.) S. 56 f.

geben. Desgleichen kann das mystische Privattestament nach Landr. III, 3 § 12 versiegelt oder unversiegelt an dem dritten Ort hinterlegt werden. Es ist daher die angeführte Stelle in Landrecht III, 3 § 5 dahin auszulegen, daß der Erblasser, wenn er den Inhalt seines schriftlichen Testaments vor den Solennitätspersonen geheim gehalten wissen wolle, dasselbe verschlossen zu übergeben, beziehungsweise vorzulegen habe, daß es also in sein Belieben gestellt sei, ob er sein Testament vor der Solennisierung verschließen wolle oder nicht. Hievon geht auch das Landr. III, 26 § 2 bei der Errichtung schriftlicher Kodizille aus, sofern daselbst bestimmt ist, daß, wenn jemand den Inhalt seines Kodizills vor den Zeugen und Andern verborgen haben wolle, er solchen auf einem der Wege, auf welchem die Testamente „beschlossen" nach Ausweis der im 3. Titel getroffenen Vorschriften gemacht werden „mögen", verordnen möge. Für vorstehende Auffassung spricht vornämlich auch der Zweck der Testamentsförmlichkeiten, welcher darin besteht, daß die Echtheit des letzten Willens des Erblassers außer Zweifel gestellt wird. Dieser Zweck wird aber bei der Errichtung eines Testaments nach der 7. Form vollkommen erreicht, wenn der Erblasser den Solennitätspersonen sein in der oben erwähnten Weise schriftlich abgefaßtes Testament mit der Erklärung vorlegt, daß dasselbe seinen letzten Willen enthalte, und wenn über diesen Vorgang eine Solennisationsurkunde aufgenommen, auch mit derselben das Testament in einen verschlossenen Umschlag gebracht wird. Hiebei ist es, wie insbesondere von dem K. Obertribunal in mehreren Entscheidungen angenommen wurde, gleichgiltig, ob das Testament bei jener Vorlegung verschlossen oder unverschlossen ist, da in letzterem Fall die Solennitätspersonen, zumal sofern sie sich Einsicht von dem Inhalt des letzten Willens des Erblassers verschaffen können, mindestens in gleichem Maße die Ueberzeugung von der Gewißheit dieses Willens zu erlangen in der Lage sind, als wenn das Testament ihnen in verschlossenem Zustand vorgelegt wird, und da die Möglichkeit einer rechtswidrigen Aenderung des Inhalts des offen vorgelegten Testa-

ments ebenso, wie bei dem verschlossen vorgelegten Testament, durch die Verbringung des Testaments in einen verschlossenen Umschlag seitens der Solennitätspersonen verhindert wird [1]). Das in Rede stehende Testament entspricht daher denjenigen Vorschriften, welche nach dem Ausgeführten zur Errichtung eines Testaments nach der 7. Form wesentlich sind, sofern selbstverständlich der Umstand, daß 7 Zeugen und nicht bloß 5 neben dem Ratsschreiber zugezogen worden sind, als ein Mehr gegenüber der erforderlichen Förmlichkeit nicht in Betracht kommt. Würde sodann auch die nach der Urkunde über die Testamentserrichtung dem Erblasser in den Mund gelegte Erklärung, daß derselbe das Testament in Gegenwart der Zeugen unterschrieben und besiegelt habe, nicht dem wahren Sachverhalt entsprechen, und würde man annehmen, daß hier nicht bloß ein für die Gültigkeit des Testaments nach Landr. III, 3 § 15 unerhebliches Versehen der Solennitätspersonen in Frage stehe, so hätte doch jener Umstand sowenig, als die Verschiedenheit des Datums der Testaments- und der Solennisationsurkunde einen Einfluß auf den Rechtsbestand des Testaments, weil über die Echtheit der Unterschrift des Erblassers unter dem Testament, und darüber, daß der Akt der Errichtung des letztern, abgesehen von der Unterzeichnung des Testaments durch den Erblasser vor den Zeugen, in Uebereinstimmung mit dem Inhalt der Solennisationsurkunde vor sich gegangen sei, kein Streit unter den Parteien herrscht.

Das Testament des verstorbenen Bauern Johann Georg Merz von G. ist daher formell giltig. Daher ist die Klage abzuweisen.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 21. Mai 1885 in Sachen der Wittwe Barbara Merz

1) Tafel, Civilrechtssprüche II, 242 f., Boscher, Zeitschrift XII S. 15 vrgl. mit S. 4 u. 10, zu vgl. Bolley, 33 Aufsätze Seite 415 N. c, Griesinger, Komm. V, 43, Hufnagel, Mitt. II, 701. (Anderer Ansicht sind, aber ohne Angabe von Gründen: Hufnagel, Mitt. I, 120 ff., Reyscher, württemb. Pr.R. III § 649; Römer, Erbrecht § 212, Hohl-Kübel, Erbrecht (5 A.) S. 56 f.)

von G. gegen den Bauern Johann Georg Merz von H. und Genossen.

33.

Die nach A. 3 u. 51 des Pfandgesetzes verpfändeten beweglichen Zugehörungen von Immobilien bleiben hinsichtlich der Zwangsvollstreckung im allgemeinen bewegliche Sachen und sind nur gegenüber dem Unterpfandsgläubiger als unbewegliche Sachen anzusehen.

Der Löwenwirt Johannes S. in Blaubeuren hat am 3. Januar 1883 dem Hofbäcker Richard R. in Ulm, sowie zwei weiteren Gläubigern seine Liegenschaft und zugleich in Gemäßheit des A. 3 und 51 des Pfandgesetzes als bewegliche Zugehörungen seine Biervorräte verpfändet. Am 5. April 1884 hat die Firma St. u. B. in Augsburg für eine ihr gegen den Löwenwirt Joh. S. zustehende Forderung, die damals vorhandenen, im Besitze des Schuldners S. befindlichen, Biervorräte pfänden lassen. Die Unterpfandsgläubiger haben gegen die pfändende Firma Klage nach § 690, eventuell § 710 C.P.O. erhoben. Sie haben behauptet, es stehe ihnen an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zu, eventuell: sie haben einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse, auch sei die Pfändung, als an einer unbeweglichen Sache erfolgt, unwirksam. Die Beklagte hat dies bestritten und die Unterpfandsbestellung v. 3. Jan. 1883 auf grund des Gesetzes vom 21. Juli 1879 angefochten.

Die Civilkammer des Landgerichts hat die Klage als nach § 690 C.P.O. begründet erachtet. Dieses Urteil wurde, soweit dadurch die Beklagte für schuldig erkannt worden ist, die bei dem Löwenwirt Johannes S. in Blaubeuren am 5. April 1884 zu Gunsten der Beklagten gepfändeten 9400 Liter Bier von der Pfändung freizugeben, dahin abgeändert, daß

die Beklagte den Anspruch der Kläger auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse dieses Biers anzuerkennen habe. Im Uebrigen wurde die Berufung der Beklagten gegen das erstrichterliche Urteil zurückgewiesen.

Gründe:

I. Der vorige Richter ist davon ausgegangen, daß den Klägern als Unterpfandsgläubigern gegen die Pfändung von beweglichen Zugehörungen, welche ihnen gemäß A. 51 des Pfandgesetzes als Sachgesamtheit mit einer unbeweglichen Sache verpfändet sind, nicht ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nach Maßgabe des § 710 C.P.O., sondern ein Widerspruchsrecht im Sinne des § 690 der Civilprozeßordnung zustehe, weil dem Unterpfandsgläubiger gegenüber die beweglichen Zugehörungen als zum unbeweglichen Vermögen des Schuldners gehörig anzusehen seien und die thatsächliche Trennung der Zugehörungen vom unbeweglichen Vermögen des Schuldners durch Pfändung und Veräußerung einen Eingriff in seine Rechte darstelle. Allein wenn auch dem Pfandgläubiger gegenüber die verpfändeten beweglichen Zugehörungen als zum unbeweglichen Vermögen des Schuldners gehörig anzusehen sind, so kann hieraus nicht abgeleitet werden, daß dem Unterpfandsgläubiger ein Widerspruchsrecht nach § 690 C.P.O. zusteht; denn nach dieser Bestimmung kommt dem Dritten, welcher an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht hat, der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung zu, mag der Gegenstand der Zwangsvollstreckung eine bewegliche oder unbewegliche Sache sein. Entscheidend für das Widerspruchsrecht des § 690 C.P.O., ist vielmehr, ob das den Klägern zustehende Unterpfandsrecht als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 690 C.P.O. anzusehen ist. Daß dies aber nicht der Fall ist, ergibt sich aus der Bestimmung des § 710 C.P.O., wornach ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, der Pfändung derselben auf Grund eines Pfandrechts nicht widersprechen kann. Da nun die Kläger sich zur Zeit der Pfändung des Biers nicht im Besitze desselben befanden,

so kann denselben gemäß § 710 C.P.O. auf Grund ihres Unterpfandsrechts nicht ein Widerspruchsrecht nach § 690 C.P.O., sondern nur ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des gepfändeten Biers zustehen.

II. Hienach könnten die Kläger als Unterpfandsgläubiger der Pfändung gemäß § 690 C.P.O. selbst dann nicht widersprechen, wenn die nach Maßgabe des A. 51 des Pfandgesetzes mit einer unbeweglichen Sache verpfändeten beweglichen Zugehörungen rücksichtlich der Zwangsvollstreckung überhaupt als zum unbeweglichen Vermögen des Schuldners gehörig anzusehen wären.

Dagegen wäre unter dieser Voraussetzung die Pfändung des Biers als unstatthaft und als ein rechtlich unwirksamer Akt zu betrachten, da eine Pfändung von unbeweglichem Vermögen rechtlich unzulässig ist (C.P.O. § 708).

Allein diese Voraussetzung trifft nicht zu: die nach Maßgabe des A. 51 des Pfandgesetzes mit einer unbeweglichen Sache verpfändeten Zugehörungen sind nicht rücksichtlich der Zwangsvollstreckung im allgemeinen, sondern nur dem Unterpfandsgläubiger gegenüber als zu dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners gehörig anzusehen, und es folgt daher aus den Bestimmungen des Pfandgesetzes nicht die Ungiltigkeit der Pfändung solcher mit einer Liegenschaft verpfändeter beweglicher Zugehörungen.

Das Pfandgesetz enthält in Art. 3 die Bestimmung:

„Gegenstand der Unterpfandsbestellung sind unbewegliche Sachen und Rechte, welche den Immobilien gesetzlich gleichkommen.

Außerdem können bewegliche Dinge, welche Zugehörungen von Immobilien sind, so lange sie diese Eigenschaft haben, verpfändet werden."

Damit ist zwar ausgesprochen, daß ausnahmsweise auch bewegliche Sachen als Unterpfand bestellt werden können, und es folgt hieraus, daß dem Pfandgläubiger an den verpfändeten beweglichen Sachen dieselben Rechte zustehen, welche ihm an den mitverpfändeten unbeweglichen Sachen auf grund

seines Unterpfandsrechts zukommen; daß also insbesondere der Zwangsverkauf der verpfändeten beweglichen Zugehörungen zum Zweck der Befriedigung des Unterpfandsgläubigers in derselben Weise und nach den gleichen Vorschriften vorgenommen werden muß, wie der Zwangsverkauf von unbeweglichen Unterpfändern und daß dem Pfandgläubiger bezüglich der verpfändeten beweglichen Zugehörungen dieselben Rechte auf Befriedigung aus dem Erlöse zustehen, wie bezüglich der verpfändeten Immobilien.

Dagegen kann aus der Bestimmung des A. 3 des Pfandgesetzes nicht abgeleitet werden, und es ist auch sonst nirgends bestimmt, daß die nach Maßgabe des A. 51 des Pfandg. verpfändeten beweglichen Sachen durch die Verpfändung auch in anderen Beziehungen und im allgemeinen ihre Eigenschaft als bewegliche Sachen verlieren, und rechtlich als unbewegliche Sachen zu betrachten seien. Vielmehr weist nicht nur der Wortlaut des Pfandgesetzes in Art. 3 vergl. mit A. 51 eod. darauf hin, daß das Gesetz davon ausgeht, daß die beweglichen Zugehörungen trotz der Unterpfandsbestellung im Allgemeinen bewegliche Sachen bleiben, sondern dies ergibt sich insbesondere auch daraus, daß nach dem Pfandgesetz die mitverpfändeten *unbeweglichen* Zugehörungen verpfändet bleiben, wenn sie auch aufhören, Zugehörungen zu sein, während die *beweglichen* Zugehörungen aus dem Pfandnexus austreten, sobald sie aufhören, Zugehörungen der unbeweglichen Sache zu sein, mit welcher sie verpfändet wurden, eine Unterscheidung, welche offenbar darauf beruht, daß das Gesetz die mitverpfändeten beweglichen Sachen der Verpfändung ungeachtet doch noch als bewegliche Sachen ansieht.

Ebenso finden auch bei einem Privatverkauf von verpfändeten beweglichen Zugehörungen — wozu der Schuldner bei Verpfändung von Sachgesamtheiten z. B. einem Warenlager berechtigt ist — nicht die Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes, sowie die Vorschriften über die gerichtliche Insinuation bei Veräußerung von Immobilien Anwendung, sondern sie werden der Verpfändung ungeachtet als bewegliche Sachen be-

handelt, und es findet auf sie die Bestimmung des A. 16 Abs. 1 des Pfandentwicklungsgesetzes rücksichtlich des Eigentumserwerbs sowie die Grundsätze über die Ersitzung von beweglichen Sachen Anwendung [1]). Sind aber hienach die mitverpfändeten beweglichen Zugehörungen nur dem Unterpfandsgläubiger gegenüber als zum unbeweglichen Vermögen des Schuldners gehörig anzusehen, während sie im allgemeinen bewegliche Sachen bleiben und rechtlich als solche zu behandeln sind, so können dieselben auch rücksichtlich der Zwangsvollstreckung nur dem Unterpfandsgläubiger gegenüber als zum unbeweglichen Vermögen des Schuldners gehörig angesehen und behandelt werden.

Hiemit steht auch nicht im Widerspruch, wenn in den Motiven zu dem Gesetz vom 18. Aug. 1879 betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gesagt ist, [2]), es habe sich längst die Praxis dahin festgestellt, daß, was bezüglich der Verpfändung zum unbeweglichen Vermögen zu zählen ist, in gleicher Weise auch bezüglich der Zwangsvollstreckung zu beurteilen sei. Denn die beweglichen Zugehörungen zu einer unbeweglichen Sache sind auch rücksichtlich der Verpfändung regelmäßig nicht zum unbeweglichen, sondern zum beweglichen Vermögen zu zählen und in der Form eines Faustpfandes zu verpfänden und nur ausnahmsweise können sie in Verbindung mit der unbeweglichen Hauptsache Gegenstand eines Unterpfands sein. Es wird daher durch die erwähnte Bemerkung in den Motiven zu dem Gesetz vom 18. Aug. 1879 gerade bestätigt, daß die beweglichen Zugehörungen rücksichtlich der Zwangsvollstreckung im allgemeinen und regelmäßig nicht als zu dem unbeweglichen Vermögen gehörig anzusehen und zu behandeln sind, sondern nur in soweit, als sie Gegenstand eines Unterpfands sind und als solche in Betracht kommen.

1) Vergl. **Wächter**, württ. Priv.R. B. II. S. 222 Note 42 und S. 249.

2) Vergl. die Verh. der Kammer der Abg. v. J. $\frac{1877}{1879}$ 1. Beilagenb. 2. Abt. S. 465 zu Art. 1—3.

Auch aus den Bestimmungen der Civilprozeßordnung kann nicht abgeleitet werden, daß die Pfändung beweglicher Zugehörungen unstatthaft sei, wenn dieselben mit einem Unterpfandsrecht behaftet sind. Denn daraus, daß nach § 757 C.P.O. nach den Landesgesetzen zu beurteilen ist, welche Sachen in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, kann dies nicht abgeleitet werden, weil dem Ausgeführten zufolge die mitverpfändeten beweglichen Zugehörungen nach Württemb. Recht nur dem Unterpfandsgläubiger gegenüber als unbewegliches Vermögen gelten, im Uebrigen aber und dem Dritten gegenüber rücksichtlich der Zwangsvollstreckung als bewegliches Vermögen zu betrachten sind. Es ergibt sich vielmehr die Statthaftigkeit der Pfändung von verpfändeten beweglichen Zugehörungen aus den Bestimmungen der §§ 708 u. 712 C.P.O. Denn hienach sind alle im Besitz des Schuldners befindlichen beweglichen körperlichen Sachen, mit alleiniger Ausnahme der in § 715 eod. aufgeführten, Gegenstand der Pfändung. Ob einem Dritten ein Pfandrecht oder ein sonstiges Recht an dem Gegenstand der Pfändung zusteht, kommt hiebei nicht in Betracht, vielmehr darf der Gerichtsvollzieher die Pfändung auch dann nicht unterlassen, wenn von dritten Personen oder von dem Schuldner für diese an den im Gewahrsam des Schuldners vorgefundenen Gegenständen Ansprüche erhoben werden [1]); und gerade deshalb, weil die Pfändung ohne Rücksicht auf etwaige Rechte Dritter an dem Gegenstand der Pfändung vorgenommen werden muß, ist durch die Bestimmungen in § 690 u. 710 C.P.O. den Dritten ein Mittel zum Schutz und zur Wahrung ihrer Rechte gegeben.

Dem Ausgeführten zufolge ist die zu Gunsten der Beklagten bei dem Löwenwirt Johannes S. am 5. April 1884 erfolgte Pfändung der 9400 Liter Bier als giltig und statthaft anzusehen; es steht aber den Klägern auf grund ihres Unterpfandsrechts nach Maßgabe des § 710 C.P.O. ein Anspruch

1) vergl. d. Württ. Dienstanw. für die Gerichtsvollz. § 67.

auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des gepfändeten Biers zu.

Dies wird weiter ausgeführt und die auf das Anfechtungsgesetz gestützte Einrede zurückgewiesen.

Urteil d. II. Sen. des Oberlandesgerichts v. 20 Nov. 1884 in der Berufungssache der Firma St. u. B. in Augsburg gegen den Hofbäcker Richard R. in Ulm und Genossen.

34.

Steht der Antrag eines Pfandgläubigers auf Anordnung der Zwangsvollstreckung in das ihm verpfändete unbewegliche Vermögen der Erhebung der Pfandklage gleich? A. 49 Ziff. 3 des Pfandgesetzes.

Der Bauer Peter M. von Dunningen hat am 27. Sept. 1883 dem Bierbrauer Jakob M. und dem Privatier Magnus M. v. da für deren Forderungen an ihn ein Pfandrecht auf seiner Liegenschaft bestellt. Für diese Forderungen hatten die Gläubiger schon am 10. Sept. 1883 Vollstreckungsbefehle erwirkt, welche dem Schuldner am 10. Oktober 1883 zugestellt worden sind. Am 9. Mai 1884 wurde auf den Antrag der Pfandgläubiger von diesem Tage und auf grund der gedachten Vollstreckungsbefehle von dem Amtsgericht R. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Peter M. beschlossen und der Gemeinderat zu Dunningen als Vollstreckungsbehörde damit beauftragt. Dieser Beschluß ist dem Peter M. am 11. Mai zugestellt worden. Am 17. Mai 1884 ließen zwei andere Gläubiger, der Darlehensverein L. u. Stephan W., welche gegen Peter M. Vollstreckungsbefehle erwirkt hatten, den Ertrag der dem Bierbrauer Jakob M. und dem Magnus M. verpfändeten Liegenschaft pfänden und es wurden diese Früchte am 16. Juni versteigert. Die Vollstreckungsbehörde zu Dunningen hat am 23. Mai das sämtliche unbewegliche

Vermögen des Peter M. zum Zwangsverkauf bestimmt und einen Verwalter der Grundstücke bestellt. Infolge jener Pfändung der Früchte erhoben die Unterpfandsgläubiger gegen die pfändenden Gläubiger Klage nach § 710 C.P.O., welche den Beklagten am 18./19. Juni zugestellt wurde.

Gegen die Klage machten die Beklagten u. a. geltend: die CivilprozeßO. habe in § 714 das Prinzip adoptiert, daß die stehenden Früchte, insoweit sie gepfändet werden können, überhaupt zu den Mobilien und nicht mehr zu den Immobilien zu rechnen seien. Hiedurch sei das Partikularrecht abgeändert. Nach A. 49 des Württemb. Pfandgesetzes sodann erstrecke sich das Pfandrecht des Unterpfandsgläubigers auf diejenigen Früchte, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage noch nicht abgesondert gewesen seien. Die Pfandklage sei aber erst am 18./19. Juni erhoben worden, wenn man überhaupt in der Klage des § 710 eine Pfandklage finden wolle. Zur Zeit der Erhebung dieser Pfandklage seien die Früchte schon abgesondert gewesen. Nach früherem Recht habe allerdings die Schuld- oder Pfandklage vor der Schuldklagbehörde erhoben werden können. Nunmehr sei die Einleitung der Zwangsvollstreckung ganz ohne Schuldklage möglich auf Grund irgend einer vollstreckbaren Urkunde. Nunmehr müsse unter der Pfandklage die hypothekarische Klage vor dem ordentlichen Richter verstanden werden. Eine solche sei vor der Trennung der Früchte nicht angestellt. Die von den Klägern schon im September 1883 erhobene Mahnklage komme nicht in Betracht, denn die Verpfändung sei nach der Erlassung der Vollstreckungsbefehle erfolgt. Der Akt vom 9. u. 11. Mai 1884 sei ganz bedeutungslos.

Es wurde dem Klagegesuch gemäß erkannt.

Gründe:

Nach A. 49 des Pfandgesetzes umfaßt das Unterpfandsrecht die natürlichen Früchte, welche zur Zeit der Erhebung der Schuld- oder Pfandklage noch nicht abgesondert waren. An diesen Vorschriften über die Rechte des Hypothekargläu-

bigers ist durch § 714 C.P.O. nichts geändert worden [1].

Die Ansicht, daß unter den Worten des A. 49 „zur Zeit der Erhebung der Pfandklage" die Erhebung der hypothekarischen Klage vor dem ordentlichen Richter verstanden werden müsse, kann nicht gebilligt werden. Der Entwurf des Pfandgesetzes [2]) hatte zu § 51 gelautet „die natürlichen Früchte, welche beim Eintritt der gerichtlichen Verfolgung des Unterpfandsrechts noch nicht abgesondert waren". In den Sätzen des Ausschusses war dieser § 51 dahin formuliert: „auf die zur Zeit der Erhebung der Pfandklage vorhandenen [3])". In dem Antrag VIII der Kommission der Kammer der Abgeordneten wurde dies dahin abgeändert „auf die zur Zeit der Erhebung der Schuld- oder Pfandklage vorhandenen". Der Bericht der Kommission bemerkt hiezu: „eine andere Veränderung bezieht sich darauf, daß es nicht gewöhnlich ist, gegen den Schuldner selbst, welcher im Besitz der verpfändeten Sache ist, eine Pfandklage anzustellen, oder die Schuldklage besonders als Pfandklage zu bezeichnen". Hienach kann kein Zweifel darüber bestehen, daß mit dieser Schuldklage auch die Klage auf Bezahlung liquider Schuldforderungen, A. 9 des Exekutionsgesetzes, gemeint war, mit welcher nach A. 32 dieses Gesetzes die Erklärung verbunden werden konnte, der Gläubiger verlange seine Befriedigung aus dem verpfändeten Gute. Ebenso konnte gegen den dritten Pfandbesitzer die Klage auf Herausgabe des Pfands bei der Ortsobrigkeit erhoben werden, wenn hierüber kein Streit bestand. A. 9 eod. Hieraus folgt, daß das Pfandgesetz in A. 49 unter der Pfandklage nicht bloß die hypothekarische Klage vor dem ordentlichen Richter verstanden hat. Die Frage, ob an die Stelle der Schuldklage

1) Wilmowsky, Komm. z. CivilP.O. S. 849; Struckmann-Koch, S. 770; Seuffert, Komm. S. 852; Gaupp, III S. 274 II; Mandry, civilr. Inh. S. 382; Stieglitz, Komm. z. Konk.O. S. 284.

2) Beilagenband zu den Verh. d. Kammer d. Abg. v. 1823/24 S. 16.

3) eod. S. 182.

die Mahnklage getreten sei [1]), bedarf nicht der Entscheidung, da es dem Sinne des A. 49 des Pfandgesetzes entspricht, daß der Antrag auf Anordnung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen der Erhebung der Pfandklage gleich zu achten ist.

A. 14 des Ausführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung vom 18. Aug. 1879 bestimmt: „der A. 113 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 wird durch nachstehenden Artikel ersetzt: der Pfandgläubiger kann die Bezahlung der während des Zwangsvollstreckungsverfahrens auflaufenden Zinsen aus dem reinen Betrag der Früchte verlangen, welche nach Abzug der Kosten aus dem ihm verpfändeten Gegenstand bezogen werden". Hienach kann der Pfandgläubiger vermöge seines Pfandrechts die während des Zwangsvollstreckungsverfahrens bezogenen Früchte für die während desselben auflaufenden Zinsen selbst dann in Anspruch nehmen, wenn die Verzinslichkeit der Forderung nicht im Unterpfandsbuch eingetragen ist. Die Vorschrift dieses Artikels setzt nicht voraus, daß von dem Pfandgläubiger vorher eine Pfandklage vor dem ordentlichen Richter erhoben worden ist. Um so mehr muß er diese Früchte für die Forderung selbst, beziehungsweise die Zinsen daraus, für welche das Unterpfandsrecht bestellt wurde, in Anspruch nehmen können. Es ist anzunehmen, daß eine den Artikeln 13 und 14 des Gesetzes vom 18. Aug. 1879 entsprechende Ergänzung des A. 49 Ziff. 3 u. 4 des Pfandgesetzes deshalb nicht für erforderlich angesehen wurde, weil der Antrag auf Anordnung der Zwangsvollstreckung als der Erhebung der Pfandklage gleichstehend betrachtet wurde. Haben die Kläger hienach am 9. Mai 1884 die Pfandklage erhoben, so geht ihr Unterpfandsrecht an den Früchten dem Pfändungspfandrecht der Beklagten, welches nicht früher als am 17. Mai entstand, vor.

Urteil d. 1. Sen. d. Oberlandesg. v. 19. Mai 1885 in Sachen des Bierbr. Jakob M. v. Dunningen u. des

1) S. Lang, Sachenrecht B. 2 S. 347 Note 8.

Privatiers Magnus M. v. da gegen den Darlehensverein L. u. den Bauern Stephan W.

35.

Wird durch eine in einem öffentlichen Fluß vorgenommene Grabarbeit einem Nachbarn eine Quelle abgegraben, so wird hiedurch der Unternehmer nicht schadensersatzpflichtig.

Durch die Tieferlegung des Nesenbachs, welche die Stadtgemeinde Stuttgart hat vornehmen lassen, ist eine auf einem Nachbargrundstück entspringende Quelle nach der Behauptung der Kläger versiegt. Diese erhoben deshalb Ansprüche auf Ersatz des ihnen hiedurch zugegangenen Schadens. Die Klage ist abgewiesen worden.

Gründe:

Die Kläger stützen auch abgesehen von einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit der Beklagten ihren Anspruch darauf, daß die letztere nicht befugt gewesen sei, die den Klägern gehörende Quelle abzugraben und daß daher dieselbe ersatzverbindlich sei. Der Nesenbach als immerfließendes Wasser habe den Charakter als öffentlicher Fluß. Jeder, der an einem öffentlichen Fluß oder Bach in Beziehung auf den natürlichen Wasserlauf oder in Hinsicht der Gestaltung, wie sie das Jahr vorher vorhanden gewesen sei, Aenderungen vornehme, habe für den Schaden einzustehen. Die l. 1 § 6 Dig. 43. 13. sage, „zum Nachteil der Anwohner dürfe ein Fluß nicht korrigiert werden".

Es kann unterstellt werden, der Nesenbach habe den Charakter eines öffentlichen Gewässers und es kann der ursächliche Zusammenhang des Versiegens der Quelle mit dem Tieferlegen des Bachbetts als vorhanden angenommen werden. Dennoch ist die hierauf gegründete Klage zu verwerfen.

Es ist zwar richtig, daß das Interdikt »ne quid in flumine publico« 2c., auf welches die Kläger sich berufen, nicht bloß dann zutrifft, wenn eine Störung in den mit dem Gemein-

gebrauch in Beziehung stehenden Rechtsverhältnissen vorliegt. Es ist dies einer der Anwendungsfälle des Interdikts, allein er erschöpft sein Anwendungsgebiet nicht. Vielmehr ist dasselbe auch dann gegeben, wenn es sich nicht um Beeinträchtigung und Ordnung des Gemeingebrauchs, sondern darum handelt, daß durch eine Veranstaltung in einem öffentlichen Fluß das Privateigentum eines Nachbarn beschädigt wird [1]).

Allein die Voraussetzungen des Interdikts sind nach anderer Richtung nicht vorhanden.

Nach den Bestimmungen des 13. Titels des 43. Buchs der Digesten »ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit«, muß durch die in oder an dem Flußufer oder Flußbett vorgenommenen Veränderungen und Veranstaltungen bewirkt sein, daß der Fluß anders fließt und daß eben durch dieses aliter fluere des Wassers der Nachteil und Schaden, um welchen es sich handelt, herbeigeführt wird oder worden ist. Dies ergibt sich aus l. 1 § 3, l. 1 § 8 u. 9. Dig. h. t. »ac per hoc aqua rapidior fit cum incommodo accolentium«. Es kommt nicht auf das Vermehren des Wassers allein an, obwohl hiedurch ein aliter fluere herbeigeführt wird, sondern das Wasser muß durch die Vermehrung reißender werden oder eine andere Richtung erhalten und dadurch Schaden zufügen.

Das Interdikt findet hienach statt, wenn durch das Abgraben einer Quelle mittelst eines in einem öffentlichen Fluß errichteten Werks dem Flusse noch mehr Wasser zugeleitet und dadurch bewirkt wird, daß ein Nachbar durch die reißendere Strömung, das Ueberlaufen oder die veränderte Richtung Schaden leidet. Dasselbe ist aber ausgeschlossen, wenn durch dieses Zuleiten keine derartige schädliche Veränderung des Wasserlaufs herbeigeführt worden ist.

Demgemäß kann sich derjenige Nachbar desselben nicht bedienen, welchem durch die in dem Fluß vorgenommene Ver-

1) l. 1 § 1 Dig. l. c. »vel mutatus alveus vicinis aliquam injuriam afferat s. auch l. 1 § 3 eod.

änderung eine Quelle abgeleitet wird; denn der Schaden erfolgt hier nicht durch das Wasser und dessen veränderten Lauf, sondern durch die Entziehung des Wassers, das demselben bisher zugekommen ist [1]).

Aus dem Ausgeführten ist auch zu entnehmen, wie die Worte der l. 1 § 6 cit. »neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt«, zu verstehen sind. Dieser Satz wird durch das demselben unmittelbar Vorangehende erläutert und erhält dadurch, während er allgemeiner lautet, seine richtige Begrenzung. Die erwähnte Stelle sagt in ihrem Zusammenhang: „Nach der Meinung einiger könne diesem Interdikt die Einrede entgegen gestellt werden, das Werk geschehe des Uferschutzes wegen, das heißt, dieselben seien der Ansicht, das Interdikt finde nicht statt, wenn zwar eine Arbeit vorgenommen werde, welche bewirke, daß das Wasser anders fließe, diese Arbeit jedoch des Uferschutzes halber erfolgt sei. Allein dies sei nicht richtig, denn der Uferschutz dürfe nicht in einer Weise erfolgen, daß die Nachbarn Schaden leiden." Dies kann in Verbindung mit dem Vorangehenden nichts anderes heißen als: der Uferschutz dürfe nicht in einer Weise erfolgen, daß der Wasserlauf zum Nachteil der Nachbarn verändert werde. Auch hier ist das aliter fluere als Ursache des Schadens vorausgesetzt.

Nach dem bisherigen ist die von den Klägern bezeichnete Klage nicht zutreffend. Da es jedoch nicht auf den Namen derselben ankommt, so erhebt sich die Frage, ob nicht durch die von den Klägern geltend gemachten Thatsachen ein anderes Rechtsmittel begründet wird, durch welches die Kläger Schadensersatz erlangen können.

Die Beklagte soll durch das Tieferlegen der Sohle des Nesenbachs das Versiegen der Quelle veranlaßt haben, somit durch ein behufs der Unterhaltung, beziehungsweise Verbesse-

---

1) S. hiezu noch l. 1 § 1, l. 4 Dig. eod. und **Unterholzner**, Schuldverhältnisse Bd. 2 S. 193; **Heimbach** in Weiske's Rechtslexikon Bd. 5 S. 590.

rung der Ufer in einem öffentlichen Bache vorgenommenes Bauwesen.

Die Quellen des römischen Rechts enthalten den Grundsatz, daß der Nachbar, welcher aus einem von jemand an einem öffentlichen Bach vorgenommenen Uferbau Schaden befürchtet, diesen Bau verbieten kann, sofern ihm nicht die cautio damni infecti gestellt wird. S. l. 1 Dig. 43. 15 de ripa munienda. Es ist dies ein Ausfluß des allgemeineren Satzes: wer überhaupt in einem öffentlichen Fluß oder an den Ufern desselben ein Werk errichten will, hat den Nachbarn auf Verlangen wegen drohenden Schadens Kaution zu leisten [1]). Dies gilt auch von öffentlichen Wegen [2]).

Es kann dahin gestellt bleiben, ob nach heutigem Recht die Kaution, beziehungsweise der Schadensersatz, gefordert werden kann, auch wenn der Schaden schon eingetreten ist [3]); ebenso bedarf die Frage nicht der Entscheidung, ob nicht das Verlangen der Kaution ausgeschlossen ist, weil es sich um ein von einer öffentlichen Behörde unternommenes Bauwesen handelt [4]), oder in welch' anderer Weise die Grundsätze des römischen Rechts eingeschränkt sind; denn der Anspruch auf Leistung der Kaution ist auch bei einem an einem öffentlichen Flusse oder Wege errichteten Werk nur dann begründet, wenn es sich um die Gefahr eines damnum injuria datum handelt, nicht aber, wenn der Nachbar mit dem Verlust eines nur zufällig genossenen Vorteils bedroht ist.

Zu dieser letzteren Kategorie gehört der Nachteil, welcher dem Grundeigentümer durch Abgraben einer auf seinem Grundstück entspringenden Quelle zugeht. Der Grundeigentümer

1) S. l. 7 Dig. 39. 2 u. l. 15 § 2 Dig. eod.

2) l. 15 § 8. 9 Dig. 39. 2.

3) Glück, Pand. B. 39 u. 40 S. 627. 633; Hesse, Rechtsverh. S. 96 ff. 107; Seuffert, Archiv B. 33 S. 308; Sarwey, Archiv B. 6 S. 151.

4) Seuff. Archiv Bd. 24 n. 37; Hesse l. c. S. 339. 340; Glück, Pand. l. c. S. 662.

erwirbt durch die Thatsache allein, daß das Wasser seither der Quelle durch Wasseradern zugeflossen ist, kein Recht auf das Bestehenbleiben dieses Zustands. Dies ist für die cautio damni infecti speziell ausgesprochen in l. 24 § 12 Dig. 29. 2 und l. 26 Dig. eod.

Hieraus folgt, daß selbst, wenn es gewiß ist, daß durch einen in einem öffentlichen Fluß vorgenommenen Uferbau die Quelle des Nachbarn abgegraben werde, der Letztere wegen dieses ihm drohenden Schadens keine Kaution verlangen kann und somit auch bei eingetretenem Schaden keinen Schadensersatz; und es ergibt sich der Satz, daß dem Eigentümer eines Privatgrundstücks, welcher auf seinem Eigentum in berechtigter Weise gräbt, derjenige gleichsteht, welcher in einem öffentlichen Fluß oder Weg in befugter Weise ein Bauwesen vornimmt. Beide sind einem Nachbarn, welchem dadurch eine Quelle abgegraben wird, keinen Ersatz schuldig, weil sie nur von ihrem Recht Gebrauch machen und weil sie nicht in das Recht des Nachbarn eingreifen, sondern ihm nur einen Vorteil entziehen, den er thatsächlich genossen hat [1]).

Aus eben diesem Grunde kann aber auch die Aquilische Klage nicht statthaft sein, welche ebenfalls ein damnum injuria datum voraussetzt und sich nach dieser Richtung von dem Verlangen der cautio damni infecti nur dadurch unterscheidet, daß die letztere den Fall eines noch nicht erfolgten Schadens vorsieht, während die erstere zur Sühne des gestifteten Schadens dient [2]). Demgemäß kann sich auch l. 2 Cod. III 35 nicht auf den vorliegenden Fall beziehen, wie auch die von den Berufungsklägern angeführten Gesetzesstellen unanwendbar sind.

Die negatorische Klage findet nicht statt, weil es sich von keiner Immission in das Eigentum der Kläger und keiner In-

1) S. hiezu l. 1 § 12, l. 21 Dig. 39. 3; Lang, Sachenrecht I S. 155; Glück, Pandekten B. 39 u. 40 Teil 2 S. 51. 52; Hesse, l. c. S. 32 S. 192; Sarwey, Archiv B. 14 S. 252. B. 15 S. 361. Motive u. Kommissionsbericht zur Bauordnung: Bitzer, Bauordnung S. 503 ff.

2) l. 7 § 1 Dig. 39. 2.

anspruchnahme eines das letztere beschränkenden Rechts handelt, und was die konfessorische Klage betrifft, so steht diese zwar dem Servitutberechtigten, welcher die servitus aquaeductus an einer Quelle hat, gegen Jeden zu, der ihn an der Leitung des Wassers hindert [1]). Allein der an einer Quelle dinglich Berechtigte hat sowenig, wie der Eigentümer der Quelle selbst, von welchem der erstere sein Recht ableitet und der ihm nicht mehr Recht übertragen konnte, als er selbst hat, einen Ersatzanspruch gegen den Nachbarn, welcher diese Quelle durch Graben auf seinem Eigentum zum Versiegen bringt.

Die actio aquae pluviae arcendae handelt nur vom Regenwasser [2]), und es ist dieselbe ebenfalls nur dann statthaft, wenn das Regenwasser zugeleitet, nicht aber wenn es weggeleitet wird [3]).

Der Fall der l. 1 § 12 Dig. 39. 3, zweiter Satz, liegt aber zweifellos nicht vor.

Hienach erweist sich der so, wie oben angeführt, begründete Ersatzanspruch der Kläger als nicht stichhaltig.

Urteil des I. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 28. Oktober 1887 in der Berufungssache des Hermann Neuner von Berg u. Gen. gegen die Stadtgemeinde Stuttgart.

36.

Gerichtsstand des § 24 der C.P.O. Der Einzelkaufmann hat an demjenigen Ort, an welchem er unter einer Firma ein Handelsgeschäft betreibt, ohne diesen Ort als Mittelpunkt seiner häuslichen oder geschäftlichen Verhältnisse zum regelmäßigen Aufenthalt zu nehmen, keinen Wohnsitz im rechtlichen Sinn.

---

1) l. 10 § 1 Dig. 8. 5

2) l. 1 § 15 Dig. 39. 3.

3) Glück, l. c. T. 3 S. 135. 152 224; Hesse, l. c. S. 189; Reichsgerichtl. Entsch. B. 17 S. 120; l. 1 § 12 Dig. 39. 3.

Die im Handelsregister für Einzelfirmen in Ravensburg eingetragene Firma Filialmaschinenfabrik von Escher, Wyß u. Cie. in Ravensburg, deren Inhaber Carl v. Gonzenbach auf Schloß Buonas Kanton Zug wohnt, erhob bei der Civilkammer des K. Landgerichts zu Ravensburg gegen Leon Conti in Paris Klage und begründete die Zuständigkeit dieses Gerichts damit, daß der Beklagte zufolge Urteils eines französischen Gerichts eine Forderung gegen v. Gonzenbach als „Eigentümer des Zweiggeschäfts der Maschinenfabrik Escher, Wyß u. Cie. Zürich zu Ravensburg" besitze, diese Firma ihren Sitz in letzterer Stadt habe und daher v. Gonzenbach daselbst ein zweites, kaufmännisches Domizil habe, weshalb der Gerichtsstand des § 24 Satz 2 erster Fall der C.P.O. bei dem angerufenen Gericht zutreffe.

Die Klage wurde wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Zuständigkeit des Landgerichts Ravensburg zur Verhandlung und Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits wird nur auf den § 24 der C.P.O. gestützt. Der Gerichtsstand dieses § ist gegenüber dem in Deutschland nicht domizilierten Beklagten begründet, wenn letzterer in dem Bezirk des genannten Gerichts Vermögen besitzt oder zur Zeit der Klagerhebung besessen hat. Als solches Vermögen bezeichnet die Klägerin die dem Beklagten durch Urteil des Handelsgerichts des Seinedepartements in Paris vom 19. November 1884 zuerkannte Forderung, welche nach dem Wortlaut dieses Urteils gegen „Gonzenbach, Eigentümer des Zweiggeschäfts der Maschinenfabrik Escher, Wyß u. Cie. Zürich zu Ravensburg" gerichtet ist. Letzterer Vermögensbesitz würde nun aber nach § 24 S. 2 der C.P.O. nur dann die Zuständigkeit des Landgerichts Ravensburg begründen, wenn der Schuldner der bezeichneten Forderung seinen Wohnsitz in dem Sprengel dieses Gerichts hätte. Denn daß in letzterem Sprengel etwa eine Sache sich befinde, welche für jene Forderung zur Sicherheit hafte, hat die Klägerin nicht behauptet. Unter dem Wohnsitz des

Schuldners ist der civilrechtliche Wohnsitz, d. h. derjenige Ort zu verstehen, welchen derselbe als Mittelpunkt seiner häuslichen oder geschäftlichen Verhältnisse zum regelmäßigen Aufenthalt genommen hat. Ob nun das besagte Urteil des französischen Handelsgerichts gegen die Person des Karl von Gonzenbach auf Schloß Buonas Kanton Zug, welcher unbestrittener Maßen Inhaber der klägerischen Firma ist, oder gegen die letztere gerichtet ist, erscheint als unerheblich. Denn die Firma eines Einzelkaufmanns ist nach Art. 15 des H.G.B. der Name, unter welchem er im Handel die Unterschrift abgibt und die Geschäfte betreibt, nicht die Bezeichnung des von demselben betriebenen Handelsgeschäfts. Letzteres bildet, auch wenn es von seinem Inhaber unter einer Firma geführt wird, kein besonderes vermögensrechtliches Subjekt, ähnlich wie dies nach Art. 111 des H.G.B. bei der offenen Handelsgesellschaft der Fall ist. Vielmehr ist bei dem von einem Einzelkaufmann unter einer Firma geführten Handelsgeschäft das einzige Rechtssubjekt derselben dessen Inhaber, da eine physische Person nur e i n Vermögen haben kann [1]).

Hieraus ergibt sich, daß das von einem Einzelkaufmann unter einer Firma geführte Handelsgeschäft nicht, wie dies bei dem Handelsgeschäft einer offenen Handelsgesellschaft nach Art. 86, 87, 111, Abs. 2 des H.G.B. u. § 19 der C.P.O. der Fall ist, einen besondern Wohnsitz hat, da zur Wahl eines solchen ein Rechtssubjekt notwendig ist. Vielmehr kann man bei einem von einem Einzelkaufmann betriebenen Handelsgeschäft nur von einem Wohnsitz des Geschäftsinhabers die Rede sein. Hat letzterer seinen Wohnsitz an einem andern Ort, als an demjenigen, an welchem sein Geschäft betrieben wird, so ist an diesem Ort für den Geschäftsinhaber kein zweiter Wohnsitz im rechtlichen Sinn begründet, vielmehr hat er an demselben nur seine Niederlassung im Sinn des § 22 der C.P.O. [2]). Denn das Gesetz kennt keinen Wohnsitz an einem Ort,

1) Entscheid. des R.O.H.G. III, 411, IX, 105 f., X, 105 f., XV, 176, XX, 35 f., Entsch. des R.G. XVI, 17.

2) **Wach**, Handb. der Civ.Proz. I, 402 bei N. 14.

welchen Jemand nur zum Mittelpunkt seiner geschäftlichen Thätigkeit gemacht hat, ohne daselbst zugleich auch seinen regelmäßigen Aufenthalt zu nehmen. Hievon geht auch der cit. § 22 aus, welcher einen besondern Gerichtsstand der Niederlassung im Gegensatz zu dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes in § 13 statuiert. Auch die Mot. zu § 22 besagen, der Gerichtsstand desselben sei dem Forum domicilii nachgebildet, das Etablissement werde, was die auf dessen Geschäftsbetrieb bezüglichen Klagen anlange, dem Wohnsitz gleich geachtet [1]).

Hienach würde im vorliegenden Fall der Gerichtsstand des § 24 der C.P.O. nur dann zutreffen, wenn der Inhaber der klägerischen Firma, Karl von Gonzenbach, nicht bloß seinen Geschäftsbetrieb, sondern auch seinen regelmäßigen Aufenthalt im Bezirk des Landgerichts Ravensburg haben würde oder wenigstens zur Zeit der Klagerhebung gehabt hätte. Von der Klägerin wird aber nunmehr anerkannt, daß von Gonzenbach in der Schweiz wohne und sich nur in vorübergehender Weise in Ravensburg aufhalte.

Urteil des II. Civilsenats des O.L.-Gerichts vom 15. Dezember 1887 in Sachen Escher, Wyß u. Cie. gegen Conti.

37.

Retentionsrecht des Faustpfandgläubigers.

Bei der Verteilung des Nachlasses des am 3. September 1880 in U. verstorbenen Privatiers Anton Sch. von da unter dessen Gläubiger wurde von der Beklagten — der Gewerbebank in U.—, welcher Anton Sch. für eine Wechselschuld von 2500 M. ein Faustpfand an einer ihm gegen Georg R. von U. zustehenden unterpfändlich gesicherten Forderung von 3250 M. bestellt hatte, ein Retentionsrecht an diesem Faustpfand wegen einer weitern Wechselforderung von 3000 M. nebst Zins,

1) Hahn, Mater. II, 153; Gaupp I, 72.

welche die Gewerbebank an Anton Sch. zu machen hatte, geltend gemacht. Die Kläger, welche gleichfalls als Gläubiger bei der Verteilung des Nachlasses des Anton Sch. aufgetreten waren, bestritten dieses Retentionsrecht und erhoben gegen die Beklagte Klage auf Aberkennung desselben und Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe des nach Deckung der durch das Faustpfand gesicherten Forderung der letzteren frei werdenden Rests der verfaustpfändeten Forderung an die Verlassenschaftsmasse des Anton Sch.

Die Klage wurde in zweiter Instanz abgewiesen.

Gründe:

Nach der l. unica cod. 8. 27. steht dem Pfandgläubiger, welcher sich in dem Besitz des Pfand-Objekts befindet, an diesem ein Retentionsrecht gegenüber dem verpfändenden Schuldner wegen seiner unversicherten Forderungen an den letzteren zu.

Dieses Retentionsrecht wird in der württembergischen Pfandgesetzgebung nicht erwähnt.

Zwar bestimmt der Art. 95 Abs. 2 des Pfandgesetzes, daß der Unterpfandsgläubiger, wenn der Verpfänder zugleich der Schuldner ist, außer dem Fall einer Konkurrenz verlangen kann, daß er auch in Ansehung desjenigen, wofür das Unterpfand nicht haftet, namentlich wegen älterer Zinsrückstände und wegen der Kosten (A. 54 u. 55) sogleich aus dem Erlöse der Sache befriedigt werde. Nun sind unter demjenigen, wofür das Unterpfand nicht haftet, wenn man erwägt, daß es ungewöhnlich wäre, mit diesem Ausdruck andere unversicherte Forderungen überhaupt zu bezeichnen, und daß als vorzugsweise Beispiele desjenigen, wofür das Unterpfand nicht haftet, ältere Zinsrückstände und Kosten aufgeführt werden, nicht alle unversicherten Forderungen, sondern nur die unversicherten Teile beziehungsweise Accessionen einer Pfandforderung zu verstehen [1]). Allein daß durch jenen Artikel nicht ein beschränktes Retentionsrecht im Sinne der l. un. cit. hat be-

1) Weishaar, Handb. d. württ. Priv.R. II. 147; Bolley, Commentar I. S. 323 ff.; Seeger, Com. I. S. 297.; Römer, württ. UnterpfandsR. S. 215.

gründet werden sollen, erhellt einmal daraus, daß der angeführte Artikel nur von einem Anspruch auf Befriedigung spricht und dieser sich wesentlich von jenem Retentionsrecht unterscheidet, sofern letzteres nur zur Sicherung der Forderung, wegen welcher retiniert wird, dient, und dem Retinenten nicht die Befugnis verleiht, Befriedigung aus der retinierten Sache zu verlangen, es wäre denn, daß dieselbe zu gunsten jener Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert würde[1]). Sodann ist ein Retentionsrecht aus dem Art. 95 Abs. 2 auch darum nicht abzuleiten, weil der daselbst dem Pfandgläubiger eingeräumte Anspruch ohne Rücksicht auf den Besitz des Unterpfands seitens dieses Gläubigers Platz greift [2]).

Nimmt man nämlich auch an, daß der Grundsatz des gemeinen Rechts, daß der Pfandgläubiger im Falle der Nichtbefriedigung seiner fälligen Forderung mit der hypothekarischen Klage den Besitz des Pfandobjekts behufs Vornahme der Veräußerung derselben verlangen könne [3]), in Württemberg mit der Maßgabe gelte, daß diese Veräußerung durch die Obrigkeit zu geschehen habe [4]), und nicht, daß von einem Anspruch des Unterpfandsgläubigers, welchem der Verpfänder den Besitz des Unterpfands nicht freiwillig eingeräumt hat, auf diesen Besitz darum nicht die Rede sein könne, weil die Veräußerung durch die Obrigkeit vorgenommen werde [5]), so ist doch der Pfandgläubiger, welchem der Verpfänder den Besitz des Unterpfands nicht überlassen hat, dann nicht Besitzer des letzteren geworden, wenn der Verpfänder dasselbe freiwillig veräußert. Daß aber auch in diesem Fall der Pfandgläubiger den ihm in Art. 95 Abs. 2 eingeräumten Anspruch hat, ergibt sich daraus, daß unter dem Erlös, von welchem dieser Artikel

1) **Goldschmidt**, Handelsrecht I. S. 986. Entsch. d. Reichsg. VII, 37. VIII. 83.

2) **Bolley**, a. a. O. S. 329; **Mayer**, Comm. II. S. 33.

3) **Windscheid**, Pand. I. § 234.

4) **Römer**, a. a. O. S. 7. S. 203.

5) **Bolley**, a. a. O. S. 323. 325.; **Lang**, Sachenrecht II. S. 137 n. 1. c.

spricht, der nach dem vorangegangenen Artikel 94, welcher auch von der freiwilligen Veräußerung durch den Eigentümer des Unterpfands handelt, erzielte Erlös zu verstehen ist.

Ebensowenig läßt sich aus dem Art. 255 des Pfandgesetzes entnehmen, daß dem Faustpfandgläubiger das Retentionsrecht nur wegen der Zinsen und Kosten zustehe. Denn dieser Artikel setzt den Umfang der Haftung des Faustpfands abweichend von den Bestimmungen der Art. 53—55 dahin fest, daß der Faustpfandgläubiger aus dem Erlös des Faustpfands Befriedigung nicht bloß der versicherten Hauptsumme, sondern auch aller bedungenen oder Verzugszinsen und der Prozeßkosten verlangen könne [1]).

Wenn nun aber auch hienach das württembergische Pfandrecht des Retentionsrechts des Pfandgläubigers wegen seiner unversicherten Forderungen keine Erwähnung thut, so folgt hieraus nicht, daß dieses Retentionsrecht in Württemberg überhaupt nicht mehr gelte. Zwar ist das Pfandrecht umfassend und unabhängig vom gemeinen Recht geregelt worden. Allein hiedurch wird, wie sich aus dem Art. 260 des Pfandgesetzes ergibt, die Anwendung des gemeinen Rechts nicht ausgeschlossen, soweit dasselbe nicht mit den allgemeinen Grundsätzen und den besonderen Bestimmungen des württemb. Pfandrechts im Widerspruch steht. Auch bemerken die Motive zum Entwurf des Pfandgesetzes, daß die Materie von den Faustpfändern in einem Abschnitt habe erledigt werden können, weil nach Festsetzung des Begriffs und Wesens des Faustpfands nur die daraus sich ergebenden Aehnlichkeiten und Verschiedenheiten des Faustpfands und des Unterpfands herauszuheben gewesen seien, alle übrigen gemeinrechtlichen Bestimmungen aber einer ausdrücklichen Wiederholung nicht bedurft hätten [2]).

Hieraus ergibt sich, daß jedenfalls die Bestimmungen des württemb. Rechts über das Faustpfandrecht durch das gemeine Recht zu ergänzen sind.

1) Bolley, a. a. O. II. S. 591. 621; Weishaar, a. a. O. §. 660.

2) Verh. der Kammer d. Abg. v. 1823/4 III. außerordl. Beil.Heft. S. 76.

Die Unterlassung der Regelung des Retentionsrechts des Pfandgläubigers wegen seiner unversicherten Forderungen in dem Pfandgesetz erklärt sich zur Genüge dadurch, daß dieses Recht ein Ausfluß des Besitzes des Pfandobjekts seitens jenes Gläubigers ist, das Pfandgesetz aber weder in den Art. 90—95, welche von den Rechten des Pfandgläubigers und des verpfändenden Schuldners handeln, noch in dem Abschnitt über die Faustpfänder, abgesehen von der vereinzelten Vorschrift des A. 254 Abs. 1, Bestimmungen über das durch den Besitz des Pfandobjekts seitens des Pfandgläubigers begründete Rechtsverhältnis enthält. Vielmehr beschränkt sich jenes Gesetz bei der Behandlung des Rechtsverhältnisses des Pfandgläubigers zu dem Verpfänder darauf, das Recht der Befriedigung des ersteren aus dem Pfandrecht zu regeln. Der Mangel von Bestimmungen über das Recht des Besitzes des Pfandgläubigers an dem Pfandobjekt hat auch nicht etwa darin seinen Grund, daß das Pfandgesetz diesen Besitz hat ausschließen wollen. Denn es ist nicht abzusehen, warum der Verpfänder dem Unterpfandsgläubiger den Besitz des Unterpfands nicht sollte einräumen dürfen. Für die Entstehung des Faustpfands aber ist die Uebergabe des Besitzes des Pfandobjekts an den Pfandgläubiger wesentlich.

Das Retentionsrecht des Pfandgläubigers, welches auf der Erwägung beruht, daß es vom Schuldner ungehörig wäre, dem Gläubiger die Innehabung eines Gegenstands zu entziehen, der im Falle der Zwangsvollstreckung zur Befriedigung dienen könnte [1]), steht nun mit den allgemeinen Grundsätzen des württ. Pfandrechts nicht im Widerspruch. Denn da dasselbe nach der l. un. cit. gegenüber dem nachstehenden Pfandgläubiger nicht geltend gemacht werden kann, so ist die Möglichkeit einer Kollission zwischen dem durch das Pfandrecht begründeten dinglichen Recht und dem bloß persönlichen Recht auf den Besitz einer Sache ausgeschlossen. Ebensowenig ist

1) Dernburg, Pfandrecht II. S. 107; Hahn, Materialien IV. S. 200. (Motive zur Konkursord. § 40.)

das Retentionsrecht mit den besonderen Bestimmungen des Pfandgesetzes unvereinbar. Denn was die Art. 95 Abs. 2 und die Art. 255 dieses Gesetzes anlangt, so handeln dieselben, wie schon bemerkt, von dem Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Erlös des Pfandobjekts. Es kann daher daraus, daß dieser Anspruch vom Pfandgesetz nur bezüglich der Pfandforderung und der in jenen Artikeln bezeichneten Accessionen derselben zugelassen wird, nicht gefolgert werden, daß jenes Gesetz die Geltendmachung eines einen andern Zweck verfolgenden beschränkteten Rechts wegen derjenigen Forderungen, auf welche sich der genannte Anspruch nicht erstreckt, habe ausschließen wollen. Was insbesondere die Bestimmung des A. 254 Abs. 2 anlangt, daß der Faustpfandgläubiger vermöge seines Pfandrechts bloß beanspruchen könne, daß, wenn der Zahlungstermin eingetreten oder ein Konkurs gegen den Schuldner erkannt worden sei, er aus dem Erlös des Pfandes befriedigt werde, so soll mit dem Worte „bloß" nur auf den Abs. 1 Bezug genommen werden, welcher dem Faustpfandgläubiger das Recht der Benützung des Faustpfands ohne ausdrückliche Einräumung desselben nicht zugesteht. Nicht aber sollen damit die weiteren aus dem Besitz des Faustpfands sich ergebenden Rechte dem Faustpfandgläubiger abgesprochen werden, da ja der cit. Absatz 2 nur den Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Faustpfand behandelt.

Hienach ist das gemeinrechtliche Retentionsrecht des Pfandgläubigers, jedenfalls des Faustpfandgläubigers, um welchen es sich im vorliegenden Rechtsstreit handelt, wegen seiner unversicherten Forderungen auch im württemb. Recht noch in Geltung [1]).

2. Die Geltendmachung des Retentionsrechts des Pfandgläubigers ist durch den Besitz des Pfandobjekts bedingt. Forderungen sind nun allerdings an und für sich nicht Gegenstand des Besitzes, da die Kontinuität des Rechts Bedingung

1) zu vergl. Württ. Arch. B. XVI, S. 239.

der Besitzfähigkeit ist, Forderungen aber mit ihrer Beitreibung erlöschen. Allein nach Art. 248 des Pfandgesetzes vertritt bei Verfaustpfändung einer Forderung die Einhändigung der letztere beweisenden Urkunde, also des Pfandscheins oder der in Ermanglung eines solchen gemäß A. 25 des PfandEntGes. ausgestellten Urkunde bei einer unterpfändlich gesicherten Forderung die Stelle der körperlichen Uebergabe. Durch den Besitz jener Urkunde wird somit dasjenige Verhältnis des Faustpfandgläubigers zu der Forderung hergestellt, welches beim Faustpfand an einer körperlichen Sache die Uebertragung des Besitzes derselben an den Gläubiger begründet. Dagegen ist die Benachrichtigung des Schuldners des Verpfänders nach A. 248 nur zum Zweck der Sicherung des Faustpfandgläubigers gegen eine wirksame Zahlung jenes Schuldners an den Verpfänder, nicht aber zur Entstehung des Faustpfands notwendig. Das Verhältnis des Faustpfandgläubigers zu der verfaustpfändeten Forderung, welches durch die Uebergabe der bezeichneten Urkunde begründet wird, ist hienach im Sinne des Pfandgesetzes ein dem Besitz in der Wirkung gleichstehendes. Die die Forderung beweisende Urkunde aber bildet, wenn sie auch an sich keinen Vermögenswert hat und die Forderung nicht repräsentiert, nach dem Gesetz einen Gegenstand des Besitzes und damit auch des Retentionsrechts [1]). Mit der Ausübung des Retentionsrechts an jener Urkunde wird daher zugleich eine thatsächliche Herrschaft über die Forderung und damit an dieser ein dem Retentionsrecht in der Wirkung gleich kommendes Recht geltend gemacht.

Der Zulässigkeit des Retentionsrechts an einer verfaustpfändeten Forderung steht der Umstand nicht entgegen, daß der Drittschuldner dem Faustpfandgläubiger nach Befriedigung der versicherten Forderung desselben nicht mehr für den Betrag seiner Schuld aufzukommen hat, da jenes Retentionsrecht durch das dem Besitz entsprechende Verhältnis des Pfandgläubigers zu der verfaustpfändeten Forderung bedingt ist,

1) Entscheid. d. ReichsO.HG. B. III. S. 159. Bd. VI. S. 198.

solches aber, wie ausgeführt, fortdauert, so lange der letztere die die Forderung beweisende Urkunde in Händen hat.

Dem Ausgeführten zufolge steht der Beklagten an der ihr von Anton Sch. verfaustpfändeten Forderung ein Retentionsrecht wegen des noch rückständigen Betrags ihrer Forderung gegenüber den Klägern zu, weshalb deren Klage abzuweisen war.

Entscheidung des 2ten Senats des Oberlandesgerichts v. 11. Oktober 1883 in Sachen der Gewerbebank U. gegen den Bankier J. Chr. L. von da und Genossen.

38.

Steht einem Gläubiger, welchem das Anteilsrecht seines Schuldners an einer ungeteilten Erbmasse überwiesen worden ist, das Recht zu, Nachholung der Eventualteilung zu verlangen?

Der Uhrenmacher Jacob B. von Schw. wurde durch Urteil der Strafkammer in R. v. 5. Nov. 1886 wegen Verletzung der Wehrpflicht zu der Geldstrafe von 600 M. eventuell einer Gefängnisstrafe, und zur Bezahlung der Kosten verurteilt. Die Staatsanwaltschaft des Landgerichts, welcher nach St.P.O. § 483 die in Gemäßheit des § 495 eod. nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte erfolgende Vollziehung der erkannten Geldstrafe obliegt, ermittelte, daß der Verurteilte hinterfälliges Vermögen besitze. Auf Ableben der Mutter des Jacob B. war laut Urkunde vom 24. Februar 1864 die Erbschaft von dem Witwer, dem Beschwerdeführer und dem Pfleger seiner sechs damals sämtlich minderjährigen Kinder angetreten und es war weiter mit Genehmigung des Waisengerichts vereinbart worden, daß die Eventualteilung verschoben werden solle, bis irgend ein Berechtigter Antrag auf deren Vornahme stellen werde, in welchem Falle der Teilung derjenige Vermögensstand zu Grunde gelegt werden solle, welcher sich bei deren Vornahme ergebe.

Auch wurde hiebei bezüglich des Verfügungsrechts des überlebenden Ehegatten bestimmt, daß dem Witwer ein unbeschränktes Dispositionsrecht über das Vermögen zustehen solle.

Auf Antrag der Staatsanwaltschaft wurde durch Beschluß des Amtsgerichts zu R. zu Gunsten der Staatskasse wegen der dieser zustehenden Forderungen das dem Schuldner gegen seinen Vater angeblich erbrechtlich zustehende Anteilsrecht an dem Nachlaß seiner Mutter, welcher sich im ungeteilten Besitz des Vaters befindet, gepfändet unbeschadet des lebenslänglichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechts des Drittschuldners. Zugleich wurde der Staatsanwaltschaft der bezeichnete Anspruch auf Höhe des Betrags der Forderung zum Einzug überwiesen.

Gegen diesen Beschluß ist keine Beschwerde erhoben.

Die Staatsanwaltschaft hat hierauf bei der Teilungsbehörde den Antrag gestellt, die aufgeschobene Eventualteilung über den Nachlaß der Mutter des Jacob B. nachzuholen. Dieser Antrag wurde abgelehnt, wogegen sich die Staatsanwaltschaft beschwerend an das Amtsgericht zu R. wendete, welches auch den Beschluß der Teilungsbehörde aufhob und dieselbe anwies, die Eventualteilung vorzunehmen. Auf weitere Beschwerde des Vaters des Jakob B. hat sich das Oberlandesgericht, indem es auf seiner früheren Ansicht beharrte, folgendermaßen ausgesprochen:

Nach dem Inhalt der Verfügung des Amtsgerichts zu R., gegen deren Giltigkeit eine Einwendung nicht erhoben wird, ist das Recht des Schuldners Jakob B. aus der Gemeinschaft, welche zwischen ihm und seinen Miterben an der unverteilten im statutarischen Nießbrauch und in der Verwaltung seines Vaters befindlichen Erbschaft seiner Mutter besteht, mit Einschluß des ihm an seinen Vater zustehenden Anspruchs auf Auseinandersetzung und Herausgabe des ihm bei dereinstiger Auflösung der Gemeinschaft zukommenden Anteils auf grund des § 754 der Civilprozeßordnung mit der Wirkung gepfändet worden, daß der Schuldner Jakob B. nicht mehr berechtigt ist, über diesen Anteil zum Nachteil seiner Gläubigerin zu verfügen und daß seinem Vater verboten ist, ihm diesen Anteil

auszufolgen. Durch die gleichzeitig verfügte Ueberweisung dieses Anteilsrechts an die Gläubigerin zum Einzug ist letztere ermächtigt worden, sich aus dem durch diese Pfändung begründeten Pfandrecht an diesem Anteilsrechte für ihre Geldforderung Befriedigung zu verschaffen und zu diesem Behufe das dem Jakob B. zustehende Recht auf Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Nachlasses auszuüben. In diesem Recht auf Auseinandersetzung ist auch das Recht auf Nachholung der Eventualteilung inbegriffen, weil letztere eine wenn auch unvollständige Auseinandersetzung bildet und, wie überhaupt die Auseinandersetzung, die Verfolgung des überwiesenen Anspruchs zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern geeignet ist.

Dabei steht der Ausübung des Rechts auf Nachholung der Eventualteilung nicht, wie der Beschwerdeführer geltend macht, die angebliche Eigenschaft dieses Rechts als eines höchstpersönlichen im Wege. Der Anspruch auf diese Art der Teilung ist vielmehr nicht anders, als der auf Realteilung gerichtete, der Ausübung nach in der Weise übertragbar, daß der Gläubiger, welcher den Teilungsanspruch seines Schuldners ausübt, nicht mehr Rechte geltend machen kann, als seinem Schuldner zustehen und sich die Einreden aus dessen Person gefallen lassen muß. Für diese Uebertragbarkeit spricht auch der Grundsatz, wonach im Falle der Eröffnung des Konkurses über einen Miterben die Vornahme der aufgeschobenen Eventualteilung von dem Konkursverwalter verlangt werden kann [1]). Dagegen liegt in dem verwandtschaftlichen Verhältnisse zwischen dem Hinterfallserben und dem überlebenden Ehegatten kein Grund zur Ausschließung dieser Uebertragbarkeit, wie schon daraus hervorgeht, daß der Hinterfallserbe nach Landr. Th. IV. tit. 15 § 3 seinen Anteil an der Erbschaft zu veräußern berechtigt ist, und in diesem Falle der neue Erwerber als Teilhaber in die Erbgemeinschaft mit dem Rechte, die Teilung zu verlangen, eintritt. Ebensowenig bietet der Inhalt der

1) **Stieglitz**, Kommentar z. Konk.O. S. 320 Anmerk.; **Breitling**, Grundzüge des Konkursrechts S. 86 Anm. 2; **Boscher**, Zeitschr. B. 18, S. 233, B. 20, S. 267.

Uebereinkunft vom 24. Februar 1864 einen Anhaltspunkt dafür, daß mit der Bestimmung, durch welche die Nachholung der Eventualteilung vom Verlangen eines Berechtigten abhängig gemacht wird, die Ausübung dieses Rechts auf die zunächst berechtigten Miterben beschränkt sein solle, da mit dieser Fassung der Uebereinkunft nur der regelmäßig eintretende Fall der Ausübung dieses Rechts durch einen der Nächstberechtigten Berücksichtigung gefunden hat.

Ist hienach die Gläubigerin durch die stattgehabte Ueberweisung zum Verlangen der Nachholung der Eventualteilung an und für sich berechtigt, so treffen im vorliegenden Fall die Voraussetzungen derselben zu, weil es insbesondere auch nach A. 36 Ziff. 1 des Not.Ges. der Nachweisung einer Gefährdung des Vermögens durch den nutznießenden Ehegatten nicht bedarf. Hienach 2c.

Beschluß d. 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 3/27. Februar in der Beschwerdesache des Johann B. von Schw.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

18.

Zur Auslegung des Art. 5, Ziff. 3 des Landesgesetzes, betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände vom 17. Aug. 1849. Straffenat, Beschluß v. $\frac{21.\ \text{Dez.}\ 1887}{4.\ \text{Jan.}\ 1888}$, U. S. gegen Ch. M. von E. Num. 4. v. 1888.

Das K. Amtsgericht H. hatte am 30. Aug. 1887 gegen den zum aktiven Heere gehörenden Füsilier Ch. M. von E.

und gegen fünf Personen bürgerlichen Standes einen Strafbefehl gemäß § 360, Ziff. 11 des R.St.G.B. unter der Beschuldigung erlassen, daß sie (am 2c. 2c. zu 2c. 2c.) durch Johlen und Schreien ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt haben. Zufolge Einspruchs der 5 letztgenannten Personen fand gegen sie am 13. Sept. 1887 vor dem Schöffengerichte zu H. die Hauptverhandlung statt, welche mit ihrer Verurteilung wegen jener Uebertretung endigte. Später erfolgte die Zustellung des Strafbefehls an den Füsilier Ch. M., welcher nun gleichfalls Einspruch erhob. Erst nach jener Zustellung trat zu Tag, daß Ch. M. schon zur Zeit der That zum aktiven Heere gehörte, worauf das Amtsgericht sich für unzuständig zur Aburteilung des Ch. M. erklärte, indem es unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 13. Sept. 1887 davon ausging, daß jeder der Angeklagten „für sich eine selbständige Uebertretung“ begangen habe und daß deshalb gegen Ch. M. die militärgerichtliche Zuständigkeit begründet sei. Da das Kommando des Regiments, welchem Ch. M. angehört, der Ansicht des Amtsgerichtes sich nicht anschloß, gelangte gemäß Art. 3 des Gesetzes zur Ausführung der R.St.P.O. vom 4. März 1879 die Entscheidung dieses Streits über die Zuständigkeit an den Strafsenat des K. Oberlandesgerichts, welcher unterm 21. Dez. 1887 / 4. Jan. 1888 das bürgerliche Gericht als zuständig zur Verhandlung und Entscheidung der gegen den Füsilier Ch. M. anhängigen Strafsache erklärte. Hiebei sprach sich der Strafsenat dahin aus:

Nach dem Inhalt des amtsrichterlichen, gegen sämtliche Beschuldigte am 30. Aug. 1887 erlassenen Strafbefehls im Zusammenhalt mit den vorausgegangenen Erhebungen, welche auf ein gemeinschaftliches, wesentlich durch die Gemeinschaftlichkeit ruhestörend wirkendes, in Johlen und Schreien bestehendes Handeln sämtlicher Beschuldigten hinweisen, ist nicht zu bezweifeln, daß das Amtsgericht bei dem strafrechtlichen Einschreiten gegen Ch. M. und die fünf andern, dem bürgerlichen Stand angehörenden Beschuldigten eine gemeinschaft-

lich von ihnen allen ausgeführte Uebertretung der bezeichneten Art angezeigt gefunden hat (R.St.G.B. § 47), wonach sie sämtlich beschuldigt waren, sich an der nämlichen strafbaren Handlung beteiligt zu haben. Hiedurch wurde gemäß Art. 5, Ziff. 3, des Gesetzes, betreffend die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände vom 17. Aug. 1849 das bürgerliche Gericht in Ansehung aller Beschuldigten zum Verfahren und zur Endentscheidung zuständig. Bei dieser Zuständigkeit müßte es, was die noch nicht erfolgte Aburteilung des Ch. M. anbelangt, auch dann sein Verbleiben haben, wenn anzunehmen wäre, es sei auf den Grund des weiteren, nach Erlaß des Strafbefehls stattgehabten Verfahrens das schöffengerichtliche Urteil vom 13. Sept. 1887 von der (in Wirklichkeit übrigens in demselben nicht zum Ausdruck gelangten) Anschauung ausgegangen, daß jeder der damals abgeurteilten fünf Angeklagten „für sich eine selbständige" Uebertretung begangen habe.

19.

1. Sind in der Revisionsinstanz neue Beweiserhebungen über die rechtzeitige Stellung des Strafantrags zuläſſig? (St.Pr.O. § 376. § 260.)

2. Genügt zur Begründung der Einstellung des Verfahrens gemäß § 259 der St.Pr.O. die Feststellung des Instanzrichters, daß die Einhaltung der Antragsfrist (§ 61 des St.G.B.) nicht erwiesen sei?

Urteil des Strafsenats vom 18. Januar 1888, g. V. S. in M.

Die von der ledigen J. R. in M. gegen die Ehefrau des J. S. das. am 19. August 1887 eingereichte Privatklage hatte beleidigende Aeußerungen zum Gegenstand, welche die Angekl. gegenüber der M. E. und der M. W. in M. gethan haben sollte und von welchen der Privatklägerin durch letztere

Zeugin längere Zeit vor Erhebung der Privatklage Mitteilung gemacht worden war.

Das Urteil I. Instanz hatte auf Einstellung des Verfahrens wegen verspäteter Stellung des Strafantrags gelautet, da die Zeugin W. in der Hauptverhandlung ausgesagt hatte, sie habe die fraglichen ersten Mitteilungen der Privatklägerin spätestens am 16. 17. oder 18. Mai 1887 gemacht. Die Berufung der Privatklägerin wurde verworfen, indem der Berufungsrichter ausführte, daß zwar die Zeugin W. in II. Instanz ihre Angaben geändert und nunmehr jene Mitteilungen in eine spätere Zeit (Ende Mai oder anfangs Juni) verlegt habe, daß aber diese neue Aussage verdächtig erscheine und daß deshalb nicht als erwiesen zu erachten sei, daß die Mitteilung wirklich zu einer späteren als der in I. Instanz festgestellten Zeit stattgefunden habe. Die Revision, darauf fußend, daß der Revisionsrichter bei Prüfung des Strafantrags an keine Schranke gebunden sei, beanspruchte die Vornahme umfassender thatsächlicher Erhebungen vor dem Revisionsgericht über Zeit und Inhalt jener Mitteilungen der Zeugin W. an die Privatklägerin, und machte eventuell rechtsirrtümliche Anwendung des § 61 des St.G.B. geltend. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen:

1) Da die gesetzlichen Bestimmungen über den Strafantrag nicht ausschließlich prozessualer Natur sind, sondern zugleich dem materiellen Recht angehören, so steht einer Revision, welche sich auf Verletzung jener Bestimmungen stützt, der § 380 der St.Pr.O. nicht im Wege. Die Revision geht nun aber weiter davon aus, daß das Revisionsgericht die Frage, ob der Strafantrag rechtzeitig gestellt sei, ohne jede Einschränkung zu prüfen habe, und tritt dafür, daß die Strafkammer mit Unrecht die Angaben der vor ihr vernommenen Zeugen, speziell der M. W. so, wie geschehen, festgestellt und gewürdigt habe, Beweis an durch Vorlegung von Briefen und Benennung von Zeugen, und zwar teils neuer, teils der schon gehörten, deren wiederholte Einvernahme beantragt wird.

Allerdings hat nun der Revisionsrichter die Frage, ob

ein wirksamer Strafantrag vorliegt, selbständig auf grund der Akten zu prüfen. Diese Befugnis ist jedoch keine unbegrenzte. Es steht ihr gegenüber das von dem Gesetz dem Instanzrichter zugewiesene Recht der freien Beweiswürdigung. — Im vorliegenden Fall geht aus den Akten hervor, daß der Strafantrag am 19. Aug. 1887 gestellt ist. Wann die Angeklagte die fraglichen Aeußerungen gethan und wann die Antragsberechtigte hievon durch die Zeugin W. Kenntnis erlangt hat, konnte nach Lage der Sache nur aus dem Inhalt der Zeugenaussagen, also auf dem Wege der Beweisaufnahme erhoben werden. Die hiebei von dem Instanzrichter aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpfte freie Würdigung der Angaben und der Persönlichkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen ist der Nachprüfung in der Revisionsinstanz gänzlich entrückt und es ist rechtlich unzuläßig, hiebei zwischen denjenigen Aussagen eines Zeugen, welche sich auf die Thatfrage, und denjenigen, die sich auf die thatsächlichen Voraussetzungen des Strafantrags beziehen, zu unterscheiden. Wenn also der vorige Richter auf grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme angenommen hat, es sei nicht erwiesen, daß die erste Mitteilung der Zeugin W. an die Privatklägerin später als am 18. Mai v. J. stattgefunden habe, so sind in betreff dieser von dem Instanzrichter auf seinem eigensten Gebiet in unanfechtbarer Weise getroffenen thatsächlichen Feststellung neue Beweiserhebungen in der Revisionsinstanz gesetzlich unstatthaft.

2) Einen Rechtsirrtum aber lassen die Erwägungen der Strafkammer nicht erkennen. Inwiefern ein Verstoß gegen § 61 des St.G.B. darin liegen soll, daß das Gericht die Einrede verspäteter Antragstellung darauf allein hin für begründet erachtet habe, weil nicht erwiesen sei, daß die erwähnte Mitteilung später als 18. Mai erfolgte, ist nicht erfindlich, da der Berufungsrichter zur Einstellung des Verfahrens gelangen mußte, wenn er die Ueberzeugung, daß der Strafantrag rechtzeitig gestellt sei, nicht gewinnen konnte.

20.

Festnehmung zum Zweck der Verhinderung von Rechtsverletzungen.

Irrtum des einem Vollstreckungsbeamten in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes Widerstand Leistenden bezüglich der Rechtmäßigkeit der Amtshandlung.

Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe der früheren Instanz.

§§ 113. 223 a des **St.G.B.** §§ 112. 127. 266. 380. der **St.P.O.**

Urt. v. 27. **April** 1887 **gegen J. Sp. von L. Num.** 113 **v.** 1887.

Die Revision des Angeklagten betraf seine Verurteilung wegen je eines Vergehens des Widerstands gegen die Staatsgewalt und der Körperverletzung (§§ 113 u. 223, a des St. G. B.).

Nach den Feststellungen des angegriffenen Berufungsurteils lag folgender Sachverhalt vor. Im Hause des Angeklagten zu L. waren mehrere Sachen, die seinem nicht bei ihm wohnenden Vater gehörten (Vieh, Wagen und anderes), untergebracht. In Folge eines Streites mit seinem Vater stellte der Angeklagte jene Sachen auf die Straße, was ersteren veranlaßte, polizeiliche Hilfe anzurufen. Trotz der Bemühungen eines auf dies herbeigekommenen Polizeidieners ließ der Angeklagte sich nicht bewegen, die Sachen wieder in sein Haus aufzunehmen. Als nun eine Schwester von ihm hierüber ihm Vorwürfe machte, ging er mit einer Faßdaube auf sie los; dazwischen tretende Nachbarn verhinderten aber eine Mißhandlung derselben. Dieses Gebahren des Angeklagten erregte die Entrüstung der ganzen Nachbarschaft und veranlaßte einen großen Zusammenlauf von Menschen. Nach kurzer Zeit ging der Angeklagte mit einem Deckelglas von seinem Haus aus auf die Straße an einen Brunnen, wo er mit J. P., einem von denen, welche seine Schwester gegen ihn in Schutz ge-

nommen hatten, einen Wortwechsel anfing, in dessen Verlauf er das Glas in einer Entfernung von etwa 10 Schritten nach dem unter seiner Hausthüre stehenden J. P. warf, so daß letzterer von dem am Thürpfosten zerschellenden Glas gestreift und am Scheitel leicht verwundet wurde und infolge dieser Verletzung ein vorübergehendes Uebelsein bekam. Ein inzwischen wieder herbeigekommener Polizeidiener, B., nahm nun „zur Wiederherstellung der von dem Angeklagten (indem er „das Vieh seines Vaters beharrlich aus seinem Stalle ausschloß und es auf offener Straße stehen lassen wollte) gestörten öffentlichen Ordnung" und zur Verhinderung weiterer zu befürchtender Gewaltthätigkeiten des aufgeregten Angeklagten, wie die von ihm gegen seine Schwester und gegen den Nachbar begangenen, den Angeklagten auf der Straße fest. Letzterer weigerte sich aber, ohne schriftlichen Haftbefehl Folge zu leisten, und wehrte sich durch Stoßen und Schlagen u. s. w., als der Polizeidiener B. Hand an ihn legte und mit Hilfe dritter ihn abzuführen sich anschickte; endlich gelang es, den Angeklagten in den Ortsarrest zu tragen.

Die Revision machte fehlerhafte Anwendung des Strafgesetzes auf den festgestellten Sachverhalt geltend, indem sie bezüglich der Verurteilung wegen der gegen J. P. begangenen Körperverletzung namentlich die mangelnde Feststellung des V o r s a t z e s und hinsichtlich der Verurteilung wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt unter Anderem rügte, daß die §§ 113 und 59 des St.G.B. verletzt seien, weil der Angeklagte, wie ihm von dem Berufungsrichter nicht verworfen worden, seine Festnehmung für eine gesetzwidrige gehalten, und weil nicht ersichtlich sei, worauf sich thatsächlich die Feststellung gründe, daß die Festnehmung a u c h z u r V e r h ü t u n g w e i t e r e r A u s s c h r e i t u n g e n des Angeklagten erfolgt sei, während es gemäß § 266 der St.P.O. — bei dem seitens des Angeklagten erfolgten Bestreiten der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung — einer solchen thatsächlichen Feststellung bedurft hätte.

Das Oberlandesgericht hob das Urteil der vorigen Instanz, soweit es die Verurteilung des Angeklagten wegen Kör-

perverletzung betraf, und hinsichtlich der erkannten Gesamtstrafe auf und wies insoweit die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurück, wogegen die Revision in betreff der Verurteilung wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt verworfen wurde. Die Gründe des Revisionsurteils besagen was die Verurteilung wegen des letzteren Vergehens anbelangt u. A.: In dem Berufungsurteil ist die rechtlich nicht zu beanstandende und auch nicht gerügte Feststellung zu finden, daß der Angeklagte einem in Ausübung seines Amtes befindlichen Vollstreckungsbeamten, dem Polizeidiener B., und anderen hiebei zur Unterstützung desselben zugezogenen Personen durch Gewalt Widerstand geleistet habe, und zwar um den Vollzug der von jenem Beamten beschlossenen Festnehmung des Angeklagten zu verhindern. Das Berufungsurteil nimmt ferner an, jene Amtsausübung sei eine rechtmäßige gewesen, sowohl was die ihr zu grund liegende Maßregel der Festnehmung des Angeklagten an sich, als was die Art und Weise ihrer Durchführung betrifft. Anbelangend nun den in ersterer Hinsicht angeführten Grund, daß nämlich die Festnehmung zur Wiederherstellung der von dem Angeklagten gestörten öffentlichen Ordnung und zur Verhinderung zu befürchtender Gewaltthätigkeiten desselben erfolgt sei, so kann die auf angebliche Verletzung des § 266 der St.P.O. wegen mangelhafter thatsächlicher Begründung dieser Feststellung gestützte, die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren geltend machende Rüge der Revision im Hinblick auf § 380 der St.P.O. eine Beachtung nicht finden. Die vorderrichterliche Annahme selbst aber, daß die aus den gedachten Erwägungen erfolgte Festnehmung an sich eine rechtmäßige Amtsausübung gewesen sei, ist jedenfalls insofern frei von Rechtsirrtum, als sie von der Anschauung ausgeht, daß die Sorge um Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und ebenso daß die begründete Besorgnis der Verübung von Handlungen, welche eine strafbare Verletzung der Rechte Einzelner enthalten würden, den mit jener Sorge, beziehungsweise mit der Handhabung des Schutzes des Publikums gegen strafbare Rechtsverletzungen betrauten Organen

der Polizei das Recht gibt und die Pflicht auferlegt, denjenigen festzunehmen, welcher die öffentliche Ordnung stört oder von welchem strafbare Verletzungen der Rechte Anderer zu besorgen sind, wenn diese Festnehmung als eine zum Zweck der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, beziehungsweise zum Schutz der bedrohten Rechte Einzelner geeignete und erforderliche Maßregel erscheint. Ein Rechtsirrtum ist aber auch darin nicht zu finden, daß das Berufungsurteil, indem es den Polizeidiener B. als einen mit Funktionen der gedachten Art betrauten Polizeibeamten ansieht, in dem festgestellten Sachverhalt die Rechtfertigung seiner Maßregel der Festnehmung des Angeklagten deshalb gefunden hat, weil sie zur Verhinderung zu befürchtender Gewaltthätigkeiten desselben gegen Andere, also zur Verhinderung von die Rechte Anderer verletzenden strafbaren Handlungen geschah. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob außerdem eine dem Angeklagten zur Last fallende Störung der öffentlichen Ordnung in dem, was die Feststellungen des Berufungsurteils als solche bezeichnen, zu finden und ob auch dies als die Festnehmung rechtfertigend anzusehen sei.

Zutreffend und auch von der Revision nicht beanstandet ist ferner die Anschauung des vorigen Richters, daß die gedachte Maßregel eines (dem Polizeidiener B. von einer vorgesetzten Amtsstelle schriftlich erteilten) Haftbefehls nicht bedurft habe, und auch darin hat er nicht geirrt, daß er einen etwaigen Irrtum des Angeklagten in dieser Richtung für bedeutungslos ansah, da nach der richtigen, von dem Oberlandesgericht wiederholt (z. B. am 13. Dezemb. 1882 — zu vergl. Württ. Ger.Bl. Bd. 21, S. 59) ausgesprochenen Ansicht das Bewußtsein des Thäters von der Rechtmäßigkeit der Amtshandlung nicht zu den Thatbestandsmerkmalen des Vergehens des § 113 des St.G.B. gehört [1]).

1) Zu vergl. auch Urt. d. Straff. d. O.L.G. Stuttgart vom 12. Dez. 1885 gegen W. S. von G.: Gegen den wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt gemäß § 113 des St.G.B. verurteilten Angeklagten war festgestellt, daß er in seiner Wohnung durch lärmendes Streiten mit

Was aber die Verurteilung wegen eines Vergehens der vorsätzlichen Körperverletzung im Sinne des § 223 a des St.G.B. anbelangt, so war die Revision von Erfolg, denn — so fahren die Gründe des Revisionsurteils fort — das Berufungsurteil entbehrt der erforderlichen thatsächlichen Grundlage, insofern Thatsachen nicht angegeben sind, in welchen ein vorsätzliches Verüben jenes Vergehens und eine der in § 223 a des St.G.B. bezeichneten Qualifikationen einer vorsätzlichen Körperverletzung zu finden wäre. In letzterer Hinsicht ist namentlich zu erwägen, daß die in den Strafzumessungsgründen des Berufungsurteils enthaltene Bemerkung von der „Gefährlichkeit der Handlungsweise" des Angeklagten keineswegs einen der in jenem Paragraphen enthaltenen Fälle deckt. — Zwar sagt das Berufungsurteil, daß die Hauptverhandlung zweiter Instanz „im Wesentlichen" dieselben thatsächlichen Feststellungen, wie die Hauptverhandlung erster Instanz, ergeben habe. Allein eine derartige nicht durchweg, sondern nur zum Teil auf die Feststellungen einer früheren Instanz bezug nehmende Begründung ist unzuläßig, da sie Zweifeln darüber Raum gibt, welche Feststellungen des früheren Richters es sind, die der Berufungsrichter für wesentlich erachtet und sich angeeignet hat. Die in dem Berufungsurteil gegebenen, allein in Betracht kommenden Gründe stellen also nicht außer Zweifel,

---

seiner Ehefrau das Einschreiten von Polizeisoldaten veranlaßt und trotz Verwarnung und Androhung mit Einsperren durch erneutes Schreien und Lärmen Skandal erregt hatte, worauf er in seiner Wohnung durch die Polizeisoldaten festgenommen und in den Ortsarrest abgeführt wurde, wobei er Widerstand leistete. Die Revision des Angeklagten wurde verworfen, indem angenommen wurde, daß die Polizeibeamten durch die den Feststellungen zufolge von dem Angeklagten bewirkte Störung der öffentlichen Ordnung und den von ihm gegen die bezüglichen Anordnungen der zuständigen Beamten bethätigten Ungehorsam zur Ergreifung von Zwangsmaßregeln und zu gewaltsamer Abführung des Angeklagten veranlaßt und berechtigt waren. Vergl. ferner Entsch. d. R.G. in Straff. Bd. III, S. 185 (II. 11. 1. 81.); ebendaselbst Bd. IV. S. 101 (III. 13. 4. 81). (A. d. Eins.)

ob die als erwiesen erachteten Thatsachen den Thatbestand des gedachten Vergehens decken [1]).

21.

Wird Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren gerügt, wenn die Revision sich darauf stützt, daß durch das Urteil die Klage nicht erschöpft werde?

§§ 263 u. 264 d. St.P.O.

Urteil v. 5. Okt. 1887 geg. A. M. v. H. wegen Beleidigung. Num. 169. v. 1887.

Uebereinstimmend mit der Auffassung der Anklage hatte das Urteil erster Instanz den Angeklagten wegen zweier Vergehen der Beleidigung im Sinne des § 186 des St.G.B. zu Strafe verurteilt, wogegen das auf die Berufung des Angeklagten ergangene Urteil zweiter Instanz auf Freisprechung des Angeklagten lautete. Das Berufungsurteil hat nämlich zwar als festgestellt angenommen, daß der Angeklagte in den beiden den Gegenstand der Anklage bildenden Aeußerungen in Beziehung auf den einen Privatkläger und die Ehefrau des andern eine Thatsache Handlungen derselben behauptet habe, welche geeignet sei, dieselben in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, es hat aber abweichend von dem Urteil erster Instanz als erwiesen angenommen, daß die behauptete Thatsache wahr sei.

1) Wiederholt schon ist die in Berufungsurteilen vorgekommene Begründung: daß das Berufungsgericht mit den Feststellungen des Richters erster Instanz „in der Hauptsache", „im Wesentlichen" einverstanden sei, von dem Strafsenat des OberlandesG. für unzuläßig erklärt worden, so: Urt. v. 27. Jan. 1886 geg. M. R. v. D. wegen Unterschlagung, v. 22. Dez. 1886 geg. A. E. v G. wegen Beleidigung, v. 26. Okt. 1887 geg. M. M. v. H. wegen Beleidigung. Zu vergl. auch Annalen des O.L.G. Dresden Band V, Seite 387 (19. 12. 83.); Entsch. d. R.G in Civils. Bd. III, Seite 434 (I. 12. 2. 81.). (A. d. Eins.)

Die Revision der Privatkläger rügte Verletzung des § 192 des St.G.B. durch Nichtanwendung und suchte diese Rüge damit zu begründen, daß, wenn auch das Gericht die von dem Angeklagten behauptete Thatsache als wahr angenommen habe, zu prüfen gewesen wäre, ob nicht nach § 192 des St.G.B. in dem Verbreiten dieser Thatsache nach den Umständen des vorliegenden Falles eine Beleidigung liege; dem Thatbestande des angefochtenen Urteils zufolge habe der Angeklagte zwei Personen gegenüber „ohne jede Veranlassung" die als wahr angenommene Thatsache behauptet, es sei aber gar nicht abzusehen, „welchen andern Anlaß" zu dieser Verbreitung der Angeklagte gehabt habe, wenn es nicht der gewesen, seine Schmähsucht zu befriedigen und „die Privatkläger" (soll heißen den einen Privatkläger und die Ehefrau des andern) an ihrer Ehre zu schädigen, d. h. zu beleidigen.

Die Revision wurde aus folgenden Gründen verworfen:

Es ist außer Zweifel und auch von der Revision nicht beanstandet, daß die Feststellungen des angefochtenen Urteils die Anwendung des § 186 des St.G.B., auf welchen die erhobene Anklage gerichtet ist, ausschließen. Aber auch die Anwendung des § 192 in Verbindung mit § 185 des St.G.B. zu begründen ist der gegebene Sachverhalt nicht geeignet, indem derselbe weder eine über die einfache Wiedergabe einer Wahrnehmung hinausgehende Form der Kundgebung, noch irgend welchen außerhalb des Bereichs der Kundgebung gelegenen Umstand feststellt. Den Mangel einer solchen Feststellung verkennt auch die Revision nicht; sie rügt vielmehr gerade diesen Mangel, indem sie offenbar geltend machen will, daß eine erschöpfende Prüfung des Sachverhalts nicht stattgefunden habe und daß eine solche zu der Feststellung eines nach der Auffassung der Revision die Absicht, zu beleidigen, beweisenden Beweggrundes der Mitteilung des Angeklagten an die bezeichneten Personen geführt haben würde.

In Wirklichkeit ist somit die Rüge der Revision nicht darauf zurückzuführen, daß der festgestellte Sachverhalt die Anwendung des Strafgesetzes rechtfertige, sondern darauf, daß

das Berufungsgericht sich unzulässigerweise auf den in der Anklage hervorgehobenen Gesichtspunkt beschränkt, also die §§ 263 u. 264 der St.P.O. verletzt habe, womit sich die Revision auf eine solche Rechtsnorm über das Verfahren stützt, deren Verletzung gegenüber einem in der Berufungsinstanz erlassenen landgerichtlichen Urteil nach § 380 der St.P.O. nicht geltend gemacht werden kann.

22.

Jagdvergehen: Fallwild. Schonzeit. Einziehung des Gewehrs. St.G.B. §§ 292, 293, 295.
Straffenat 1/8. Febr. 1888. U.S. g. A. Sch. in R. Nr. 21 v. 1888.

Gegen A. Sch. in R. hatte die Strafkammer in R. als Berufungsgericht wegen mehrfach erschwerten Jagdvergehens (St.G.B. §§ 292 und 293) auf Strafe und neben derselben in Gemäßheit des § 295 auf Einziehung des Hundes und des Gewehrs, welche der Angeklagte bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hatte, erkannt.

Als festgestellt war anzusehen, daß derselbe am 1. Juni 1887 von seinem eigenen Jagdgebiet aus, auf welchem er sich mit Gewehr und Hund zur Jagd ausgerüstet bewegte und welches er selbst nicht verließ, seinen Hund zur Jagd in dem angrenzenden fremden Jagdbezirk (einem Walde) nach einem von demselben aufgespürten Wilde vorsätzlich benützt habe.

Ferner war festgestellt, daß der Angeklagte seinen 14jährigen Sohn dem Hunde auf das fremde Jagdgebiet nachschickte, wo derselbe eine verendete Rehgeiß fand, die er auf Geheiß seines Vaters behufs der Aneignung in dessen Jagdgebiet verbrachte.

Das Berufungsgericht erblickte hierin zugleich eine Verletzung der Schonzeit. (§ 293 u. K. V.O., btr. die Hegezeit des Wildes, vom 30. Juli 1886, § 1. A. nr. 4).

Die Revision rügte die Anwendung dieses Erschwerungs-

grundes als rechtsirrtümlich und machte außerdem unter Anderem geltend, daß auch die Einziehung des Gewehrs gegen das Gesetz verstoße.

Das Revisionsgericht hob das Urteil der Strafkammer, unter Aufrechterhaltung der ihm zugrunde liegenden Feststellungen, auf und verwies die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das vorige Gericht zurück.

Aus den Gründen:

„Die Rüge der Revision bezüglich der Einziehung des Gewehrs geht fehl. Die Anwendung des § 295 setzt nichts weiter voraus, als daß ein Jagdvergehen begangen wurde und daß der Thäter zur Zeit der Verübung desselben einen der in dem § bezeichneten Gegenstände bei sich geführt hat. Dies trifft im vorliegenden Fall nicht bloß bezüglich des Hundes zu, mit welchem der Angeklagte auf dem fremden Jagdgebiete gejagt hat, sondern auch bezüglich des Gewehrs, das er zu dieser Zeit nicht etwa abgelegt hatte. Daß er selbst mit diesem Gewehr das fremde Gebiet betreten haben müßte, ist für die Anwendung des § 295 ebensowenig erforderlich, als die von der Revision vermißte Feststellung, daß er das Gewehr gebraucht habe, oder auch nur, daß er willens oder etwa in Bereitschaft gewesen sei, von der Schußwaffe gegenüber dem aufgespürten Wild über die Grenze hinüber Gebrauch zu machen.

Dagegen kann in Einem weiteren Punkte der Revision der Erfolg nicht versagt werden.

Der vorige Richter hat nämlich schließlich angenommen, daß das dem Angeklagten zur Last fallende Jagdvergehen ein erschwertes im Sinne des § 293 des St.G.B. sei, und zwar in doppelter Beziehung, sofern dasselbe erstens in einem Walde und zweitens während der gesetzlichen Schonzeit (K. V.O. btr. die Hegezeit des Wildes, vom 30. Juli 1886, § 1. A. Nr. 4) begangen worden. Die Annahme des ersteren Erschwerungsgrundes ist nicht zu beanstanden und auch von der Revision nicht angefochten; er trifft insbesondere auch bezüglich der Okkupation der als Fallwild aufgefundenen Rehgeiß zu, da dieser Akt, wie als festgestellt anzusehen ist, sich durch das Verbringen

des Wilds aus dem zum fremden Jagdgebiet gehörigen Wald auf das Jagdgebiet des Angeklagten vollzogen hat.

Dagegen beruht die Annahme des zweiten Erschwerungsgrundes auf Rechtsirrtum. Denn die Bestimmungen über die Hegezeit, innerhalb welcher Wild weder erlegt noch gefangen werden darf, verletzt derjenige nicht, der ein ohne sein Zuthun verendetes Wild findet und zur Hand nimmt, und es kann demgemäß der Erschwerungsgrund der Begehung eines Jagdvergehens während der Schonzeit auf einen bloßen Akt der Aneignung von Fallwild keine Anwendung finden.

Allerdings fällt nun dem Angeklagten auch außerdem noch ein Nachstellen auf dem fremden Jagdgebiete zur Last. Allein um ihn in dieser Richtung der Verletzung der Schonzeit schuldig finden zu können, hätte es der Feststellung bedurft: entweder, daß er gewußt habe, das von ihm verfolgte Wild sei eine Rehgeiß, oder doch, daß er auf Wild schlechtweg, ohne Rücksicht auf die am 1. Juni für einzelne Gattungen bestehende Schonzeit, gejagt habe.

23.

Findet § 160, Satz 1 des Ger.Verf.G. Anwendung auf Beschwerden wegen Verweigerung der Rechtshilfe in Beziehung auf Akte der Strafvollstreckung?

Strf.Senat 8. Febr. 1888. U.S. gegen G. Fr. R. in St. wegen Betrugs. Nr. 43 von 1888.

Das Amtsgericht St. hatte gegen G. Fr. R. von St. eine dreitägige Gefängnisstrafe wegen Betrugs erkannt und um deren Vollstreckung das Amtsgericht H., woselbst R. sich in Haft befand, angegangen. Letzteres lehnte das Ersuchen mit dem Hinweis darauf ab, daß demselben keine beglaubigte Abschrift der Urteilsformel, sondern nur ein „Auszug in der Form eines Strafbefehls“ angeschlossen gewesen sei.

Auf die nunmehr von dem ersuchenden Gericht gegen das Amtsgericht H. wegen Verweigerung der Rechtshilfe in Ge-

mäßheit des § 160 des Ger.Verf.Gſ. bei dem Oberlandesgericht erhobene Beſchwerde wurde dasſelbe dahin beſchieden, daß der Straffenat zur Entſcheidung hierüber nicht zuſtändig ſei, da — abgeſehen davon, daß zum Zweck der in Frage ſtehenden Strafvollſtreckung nicht das Amtsgericht H., ſondern die Staatsanwaltſchaft am K. Landgerichte daſelbſt um die Ausführung zu erſuchen geweſen wäre (Ger.Verf.Gſ. § 164) — der § 160 dieſes Geſetzes nur auf Erſuchen um Rechtshilfe in Beziehung auf richterliche Amtshandlungen im eigentlichen Sinn Anwendung finde, während die Strafvollſtreckungsbehörden, und ſomit auch, im Falle des § 483, Abſ. 3 der St.Pr.O., die Amtsrichter lediglich als Organe der Juſtizverwaltung thätig und Meinungsverſchiedenheiten auf dieſem Gebiete (abgeſehen von St.Pr.O. § 490—93) vor den Dienſtaufſichtsbehörden zum Austrag zu bringen ſeien.

24.

Kann die Staatsanwaltſchaft zu Gunſten eines Zeugen Beſchwerde wegen zu niederer Feſtſetzung ſeiner Gebühren erheben? Strf.P.O. §§ 346. 338; Geb.Ordnung für Zeugen ꝛc. § 17.

Straffenat. Beſchluß v. 25. Jan. 1888. U.S. g. J. Sch. v. R. wegen Betrugs. Nr. 261 v. 1887.

In der Straffache gegen J. Sch. v. R. wegen Betrugs hatte die Staatsanwaltſchaft R. gegen den Beſchluß der Strafkammer des K. Landgerichts daſelbſt, betr. die Feſtſetzung der Gebühren des in bezeichneter Sache als Zeuge in amtlicher Eigenſchaft vernommenen Schultheißen S. v. K., Beſchwerde an den Straffenat des Oberlandesgerichts erhoben.

Dieſelbe wurde als unzuläſſig verworfen.

Aus den Gründen:

Die von der Staatsanwaltſchaft erhobene Beſchwerde ſtellt ſich, wie in Ermanglung einer ausdrücklichen Erklärung hier-

über aus der ganzen Sachlage zu entnehmen ist, als lediglich zu Gunsten des durch den angefochtenen Beschluß in seinem Vermögensinteresse betroffenen Zeugen eingelegt dar. Nun findet gegen die Festsetzung von Zeugengebühren in Strafsachen nach § 17, Abs. 3 der Gebührenordnung Beschwerde nach Maßgabe der §§ 346—52 der St.Pr.O. statt, und zwar kann nach der allgemeinen Bestimmung des § 338, Abs. 2 der St.P.O. über die Rechtsmittel die Staatsanwaltschaft von denselben auch zu Gunsten des Beschuldigten Gebrauch machen.

Aus dieser Bestimmung ist jedoch kein allgemeines Recht der Staatsanwaltschaft abzuleiten, zu Gunsten einer jeden Person, welcher die St.Pr.O. in irgend einer Richtung ein Rechtsmittel gewährt, letzteres an deren Stelle zu ergreifen, insbesondere also auf Grund des § 346, Abs. 2 in allen denjenigen Fällen, in welchen Zeugen u. s. w. gegen Beschlüsse und Verfügungen, wodurch sie betroffen werden, Beschwerde erheben können. Vielmehr handelt es sich im vorliegenden Fall, d. h. in einem Falle des § 17 der Gebührenordnung um eine Verfügung, welche das Strafverfahren als solches nicht betrifft, und es führt weder das Gesetz selbst noch die grundsätzliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu einer Ausdehnung der Bestimmung des § 338, Abs. 2 auf derartige Fälle.

Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer.

Beschlüsse des Vorstands der Anwaltskammer betreffend die den Mitgliedern desselben obliegenden Pflichten (R.A.O. § 49 Z. 1).

Nach § 49 Z. 1 der R.A.Ordng. kommt dem Vorstand die Aufsicht über die Erfüllung der den Mitgliedern der An=

waltskammer obliegenden Pflichten sowie die Ausübung der ehrengerichtlichen Strafgewalt zu.

Von den anfangs ziemlich zahlreichen, allmählich aber sich verringernden Beschwerden haben seit dem Bestehen der Anwaltskammer verhältnismäßig nur wenige zu einer ehrengerichtlichen Aburteilung geführt, dagegen kam es nicht selten vor, daß derartige Beschwerden dem Vorstand von Aufsichtswegen Anlaß boten, dem betreffenden Anwalt eine Mißbilligung seines Verhaltens auszusprechen und zwar waren dies vorzugsweise Fälle, in welchen der Vorstand zwar objektiv eine Verfehlung gegen den § 28 der R.A.Ord. annahm, von einer ehrengerichtlichen Behandlung aber wegen mangelnden subjektiven Thatbestands Umgang nahm; in anderen Fällen war es weniger eine Pflichtverletzung, als Mangel an Takt in Auffassung und Erfüllung der Berufspflichten, welche gerügt wurden.

Mit Ermächtigung des Vorstands sollen nun in nachstehendem einige derartige Beschlüsse, welche von allgemeinem Interesse sind und sich zur Nachachtung für die Mitglieder der Anwaltkammer eignen, ausgewählt und veröffentlicht werden.

I. Zu dem Verkehr des Anwalts mit den Gerichten und Behörden mögen folgende Fälle einen Beitrag liefern:

1) Ein Verteidiger hatte nach Beendigung eines Strafverfahrens ein in demselben nicht zum Vortrag gelangtes Aktenstück (dienstlicher Bericht der Staatsanwaltschaft an das Ministerium) in der Presse veröffentlicht und zu seiner Rechtfertigung sich auf den § 17 des Preßgesetzes und außerdem darauf berufen, daß es für den Verteidiger, als solchen, kein „Amtsgeheimnis“ gebe. Der Vorstand erkannte hiegegen:

„daß es Pflicht des Anwalts gewesen wäre, die indiskrete
„Benützung eines Aktenstücks von vertraulichem Charakter
„zu unterlassen und zu verhüten.“

2) In einem anderen Straffalle hatte der Verteidiger bei dem ihm gestatteten persönlichen Verkehr mit dem verhafteten Angeschuldigten einen privaten Briefwechsel desselben mit seiner Ehefrau vermittelt. Der Vorstand erkannte:

„daß eine entschiedene Mißbilligung einer derartigen „Ueberschreitung der Befugnisse des Verteidigers auszu„sprechen sei".

II. Auf die Stellung des Rechtsanwalts zu seiner Partei beziehen sich nachstehende Beschlüsse:

1) Ein Anwalt hatte in sein Vollmachtsformular die Klausel aufgenommen, daß er nach Erledigung der Sache befugt sein solle, die Akten zu kassieren. Vom Vorstand wurde gerügt:

„daß diese Klausel im Widerspruch mit der durch § 32 „der R.A.O. vorgeschriebenen Pflicht zur mindestens „5jährigen Aufbewahrung der Akten stehe und daß es „nicht zulässig sei, sich von dieser Verpflichtung durch einen, „zumal generellen Verzicht der Partei entheben zu lassen."

2) Ein Anwalt hat sich bei Bevollmächtigung zur Erhebung der Privatklage von der Partei die vollen Gebühren auch für den Fall schriftlich zusichern lassen, daß die Partei sich beim Sühneversuch oder sonst zu einem Vergleich oder Klageverzicht herbeiließe. Der Vorstand sprach seine Mißbilligung hierüber aus und erklärte eine derartige, die freie Entschließung der Partei beschränkende Conventionalstrafe, zu deren Rechtfertigung sich der Anwalt auf den § 93 der R.A.O. berufen hatte,

„als unstatthaft und mit der Würde des Anwalts nicht „vereinbar."

3) Ein Anwalt hatte in derselben Rechtssache gleichzeitig den Schuldner als Beklagte Partei und den Faustpfandgläubiger als Interventionskläger vertreten und hiebei Namens des Beklagten dem Anspruch des letzteren stattgegeben. Seine Rechtfertigung, daß dieses Verfahren im Interesse und im Sinne beider Teile gelegen sei und lediglich Ersparung doppelter Kosten bezweckt habe, wurde zwar in thatsächlicher Beziehung als vollständig glaubhaft, in rechtlicher Beziehung aber als unzutreffend erkannt und

„eine derartige Vereinigung zweier einander fremd „gegenüberstehenden Parteirollen als unter allen Umstän„den anstößig und unstatthaft bezeichnet".

4) In einem ehrengerichtlich abgeurteilten Falle hatte ein

Anwalt seiner Partei den bedenklichen Rat gegeben, den Besitz einer angeblich geschenkten Erbschaftssache zu verheimlichen, um hiedurch einen von Seiten der Erben drohenden Rechtsstreit auf die vermeintlich einfachste Weise abzuschneiden. Zu seiner Rechtfertigung machte er, was ihm auch geglaubt wurde, geltend, daß er von dem Rechtsanspruch seiner Partei auf die streitige Sache überzeugt gewesen sei, und daß er deshalb, sowie überhaupt grundsätzlich sich nicht als verpflichtet erachte, auf die Ansprüche der Gegenpartei Rücksicht zu nehmen, vielmehr gehe er davon aus, daß ein Anwalt rücksichtslos jedes erlaubte Mittel zu Gunsten seiner Partei und zu Ungunsten der Gegenpartei anzuwenden habe.

In den Entscheidungsgründen des ehrengerichtlichen Strafurteils heißt es hierüber wörtlich:

„dieses Schutzvorbringen ist falsch und verrät ein auf-„fallend gröbliches Verkennen der Berufspflicht eines „Anwalts; derselbe darf in Wahrung der wirk-„lichen oder vermeintlichen Interessen seiner Partei nicht „eine rechtlich oder sittlich verwerfliche, der Achtung, die „sein Beruf erfordert, unwürdig machende Handlung be-„gehen, und wenn er es unterläßt, eine solche im In-„teresse seiner Partei zu begehen, dient er entfernt nicht „pflichtwidrig dem Interesse der Gegenpartei, sollte diese „auch von der Unterlassung einen prozessualischen oder „einen anderen Vorteil haben, daher auch die Berufung „auf den § 356 St.G.B. völlig unbegründet ist“.

5) Während in vorstehenden Fällen das Einschreiten des Vorstands teils durch die Staatsanwaltschaft, teils durch Parteibeschwerden veranlaßt war, sah sich der Vorstand kürzlich in der Lage, sich über das Verhältnis von Rechtsanwälten zu Winkelkonsulenten von Amtswegen auszusprechen, nachdem zu seiner Wahrnehmung gelangt war, daß einzelne Anwälte — vorzugsweise im amtsgerichtlichen, teilweise aber auch im landgerichtlichen Verfahren — sich durch Substitutions-Vollmacht offenkundiger sog. Rechtsagenten als Prozeßbevollmächtigten legitimieren.

Der Berichterstatter bezeichnet in seinem Referate ein derartiges Verhältnis als anstößig, das Ansehen des Rechtsanwalts nach außen gefährdend und nach innen eine Unterordnung desselben unter die Instruktionen des Winkelkonsulenten mit sich bringend.

Der Vorstand trat dieser Ansicht bei und faßte den prinzipiell ausdrücklich zur Veröffentlichung bestimmten Beschluß:

„daß die Annahme von Substitutionen durch sog. Rechts-
„agenten, Kommissionäre und ähnliche Winkeladvokaten
„mit der Würde des Rechtsanwalts unvereinbar erscheine,
„und daß im Falle von Zuwiderhandlungen eine Verwei-
„sung vor das Ehrengericht in Erwägung zu ziehen wäre."

XII.

Zur Paternitätsklage.

Von

Herrn Rechtsanwalt Lebrecht in Stuttgart.

Nachstehende Untersuchung ist veranlaßt worden durch folgenden Rechtsfall:

Die ledige A. klagte in Verbindung mit dem Pfleger ihres unehelichen Kindes gegen B. als angeblichen Vater des Kindes auf Reichung von Alimenten und auf Genugthuung wegen Entziehung der Jungfräulichkeit. Bei der ersten mündlichen Verhandlung zog sie den Anspruch auf Genugthuung zurück und erklärte, daß sie sich am Prozeß nicht mehr beteilige. Der Vertreter der Kläger benannte sodann die Mutter des Kindes als Zeugin.

Aus diesem Sachverhalt sind zwei Fragen erwachsen:

1) Ist der Pfleger das Kindes (beziehungsweise der Vater der Geschwächten) für sich allein berechtigt, die Klage auf Reichung der Alimente zu erheben?

2) Kann die Mutter als Zeugin über die exceptio plurium vernommen werden?

Im Zusammenhang mit diesen Fragen mag die weitere erörtert werden:

3) Ist die Eideszuschiebung an die Mutter über die exceptio plurium statthaft?

I.

Die erste der gestellten Fragen ist von dem vormaligen Obertribunal in einer Entscheidung vom 20. März 1866 [1]) bejaht worden. Dieser Ansicht ist Lang, Personenrecht II. Aufl. S. 561 ohne weitere Begründung beigetreten. Auch Gaupp in seinen (ungedruckten) Vorlesungen über das Württemb. Privatrecht schließt sich derselben unter Berufung auf die „Praxis" und unter Bezugnahme auf die erwähnte Entscheidung des Obertribunals an (während er in seinem Kommentar zur Civilprozeßordnung Bd. II S. 386 die Richtigkeit der Ansicht dahin gestellt sein läßt). Deßgleichen hat die Majorität des Gerichtshofs Tübingen in einer Entscheidung vom 30. April 1867 die gestellte Frage bejaht [2]).

Dagegen ist sie von der Minorität des ebenerwähnten Gerichtshofs [3]) und von Weizsäcker [4]) verneint worden.

Die letztere Ansicht ist die richtige.

1) Nach Art. 28 Ziff. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. September 1839 ist der Vater eines unehelichen Kindes verpflichtet, dem Kinde Alimente zu gewähren, der Mutter desselben die Entbindungs-, Tauf- und Beerdigungskosten zu ersetzen.

Laut Absatz 2 der Ziff. 1 kann die Klage auf Reichung der Alimente

> „nur entweder von dem Vater der Geschwächten oder von einem für das uneheliche Kind bestellten Pfleger, in beiden Fällen in Verbindung mit der Mutter, falls diese noch am Leben ist, erhoben werden."

---

1) S. Württemb. Archiv Bd. IX. S. 51 f., Bd. XIV. S. 159 f.

2) S. Hufnagel, Mitteilungen aus der Praxis der Württemb. Civilgerichte, neue Folge S. 714 f.

3) eodem S. 711 f.

4) Württ. Gerichtsblatt Bd. XIX. S. 128 f.

Absatz 3 bestimmt:

„Hiebei kann der Letzteren als Mitbeteiligten ein Eid zugeschoben oder auferlegt werden."

Der Wortlaut des zweiten Absatzes spricht in möglichst deutlicher Weise aus, daß der Vater der Geschwächten oder der Pfleger des Kindes nicht für sich allein, sondern nur „in Verbindung mit der Mutter" klagen könne.

Anderer Ansicht war freilich das Obertribunal bei seiner vorerwähnten Entscheidung vom 30. März 1866. Es sagte: „der Wortlaut des Absatzes 2 steht nicht entgegen, sofern das Wort „nur" nicht zwischen den Worten „in beiden Fällen" und „in Verbindung mit der Mutter", sondern vor dem Wort „entweder" steht und daher wohl bloß hat ausdrücken sollen, daß die Klage nicht von der Mutter, sondern nur von dem Vater oder dem Pfleger des Kindes erhoben werden könne, indem das Wort „nur" in seiner Stellung in dem Absatz 2 nicht notwendig noch auf die Worte „in Verbindung mit der Mutter" zu beziehen ist."

Was hier über die Bedeutung des Wortes „nur" gesagt ist beweist gar nichts. Stünde das Wort „nur" nicht in dem Gesetze, so wäre das Resultat bezüglich der in Rede stehenden Frage genau dasselbe. Entscheidend sind die Worte: „in beiden Fällen in Verbindung mit der Mutter".

Diese Worte werden in dem Urteile des Obertribunals unberücksichtigt gelassen. Sie hätten nach der von dem Obertribunal vertretenen Ansicht gar keinen Sinn, während sie nach unserer Ansicht bestimmen, daß Vater und Pfleger nicht allein, sondern nur mit der Mutter klagen können, und diese Auffassung wird noch bestärkt durch den sich an jene Worte anschließenden Zwischensatz: „falls diese noch am Leben ist." Diese Worte sind schlechterdings nicht anders zu erklären als dahin, daß zwar in dem Falle, wenn die Mutter bereits gestorben ist, der Vater oder der Pfleger je allein klagberechtigt sind, daß aber im andern Falle die Mutter der Klage beitreten muß.

2) Die erwähnte Obertribunalentscheidung behauptet weiter,

daß die Entstehungsgeschichte des Absatzes 2 der vom Obertribunal verteidigten Ansicht nicht entgegenstehe. Wir sind umgekehrt der Meinung, daß aus den Quellen des Art. 28, Ziff. 1), wie sie bei Knapp Gesetz über die privatrechtlichen Folgen rc. S. 249 ff. zusammengestellt sind, die Unhaltbarkeit jener Ansicht ebenso sicher zu erweisen ist, wie aus dem Wortlaut des Gesetzes.

Der Regierungsentwurf (Art. 19) hatte nur bestimmt, daß der Vater des unehelichen Kindes diesem Alimente zu reichen, der Mutter die Entbindungs-, Tauf- und Beerdigungskosten zu ersetzen habe. Darüber, wer auf Reichung der Alimente zu klagen habe, war im Entwurfe nichts vorgesehen.

Die Kommission der Kammer der Abgeordneten beantragte dagegen folgende Bestimmung:

„Die Klage kann nur von einem für das uneheliche Kind bestellten Pfleger in Verbindung mit der Mutter, welcher als Mitbeteiligter ein Eid aufgetragen werden kann, erhoben werden".

Bei der ersten Beratung dieses Antrages (in der 25ten Sitzung) sprachen sich verschiedene Abgeordnete gegen denselben aus; sie befürworteten, daß, wie bisher, die Mutter allein klagberechtigt sein solle. Auch von den Verteidigern des Kommissionsantrags wurde nicht mit Einem Worte davon gesprochen, dem Pfleger allein, unter Ausschluß der Mutter, das Klagrecht zu geben — wie denn eine solche Ansicht mit dem Wortlaute des Antrags nicht vereinbar gewesen wäre.

So sagte der Abgeordnete v. Zwergern, es sei zweckmäßig und notwendig, Pfleger bei Anstellung der Klage aufzustellen „und der Geschwächten an die Seite zu geben".

Zugleich stellte dieser Abgeordnete das Unteramendement „Die Klage kann nur von dem Vater der Geschwächten oder von einem für das uneheliche Kind bestellten Pfleger rc".

Er begründete das Amendement damit, daß der Vater zunächst die Pflicht habe „seiner Tochter beizustehen".

Wenn nun laut dem Verhandlungsprotokoll der Präsident erklärte, er wolle das Amendement des Abgeordneten v. Zwergern zur Abstimmung bringen,

„wornach die Klage nur von dem bestellten Pfleger oder dem Vater der Geschwächten erhoben werden kann"

und wenn er im Verlauf der Sitzung die Frage zur Abstimmung brachte:

„Soll der Vater der Geschwächten oder ein für sie zu bestellender Pfleger die Klage zu erheben haben?"

so war diese Fragstellung nach dem Gang der Verhandlung nicht korrekt. Denn abgesehen von der (hieher unerheblichen) Unrichtigkeit, von einem Pfleger „für sie" d. h. die Mutter zu sprechen, während es sich um einen Pfleger für das Kind handelte, so war die Frage auch darin ungenau, daß sie das Mitklagrecht der Mutter, welches in dem Antrag der Kommission, sowie in dem Amendement des Abgeordneten v. Zwergern enthalten war, gänzlich ignorierte. Offenbar hat der Präsident dieses Klagrecht der Mutter lediglich um deßwillen nicht zur Abstimmung gebracht, weil er der (richtigen) Ansicht war, daß dasselbe von keiner Seite beanstandet worden sei, und daß es sich nur noch darum handelte, ob neben der Mutter auch dem Vater, resp. Pfleger ein Klagrecht zu gewähren sei.

Indem die Kammer jene Frage des Präsidenten „durch Akklamation" bejahte, wollte sie dieselbe in dem ebengedachten Sinn bejahen, also keineswegs den Vater, beziehungsweise den Pfleger allein zur Klagerhebung legitimieren. Daß dem so ist, ergibt sich mit aller Sicherheit aus der Fortsetzung der Beratung in der 28ten Sitzung der Abgeordnetenkammer.

Ein Abgeordneter stellte die Frage:

„Wenn die Mutter des unehelichen Kindes gestorben ist, so wird der Pfleger des Kindes die Klage auch allein anstellen können"?

An diese Frage knüpfte sich eine Debatte darüber, ob, wie der Präsident die Frage präzisierte, die Mutter genötigt werden könne, sich in Verbindung mit dem Vater oder

Pfleger zu setzen. Über diese Frage äußerte sich der Berichterstatter der Kommission (v. Gmelin) folgendermaßen:

„Die Mutter, wenn sie am Leben ist, muß sich notwendig anschließen; denn sie ist es ja, die das Kind zu ernähren hat und unmittelbar dabei beteiligt ist, wenn das Kind keinen Vater hat".

Hierauf erklärte der Präsident:

„Wenn dieses der Sinn der Kammer war, so wäre die Stelle so zu fassen: daß die genannte Klage nur von einem für das uneheliche Kind bestellten Pfleger oder von dem Vater der Geschwächten, in beiden Fällen in Verbindung mit der Mutter, wenn sie noch am Leben ist, angestellt werden könne".

Und nun heißt es weiter im Protokoll:

„Die Kammer erklärt sich hiemit einverstanden".

Sonach hat die Kammer in unzweideutiger Weise den Sinn ihrer Abstimmung dahin interpretiert, daß es zur Erhebung der Klage, sofern die Mutter noch am Leben ist, des Beitritts dieser Mutter notwendig bedarf.

Der weitere Verlauf der Beratungen war folgender:

Als der Beschluß der Abgeordnetenkammer der Kommission der Kammer der Standesherren unterbreitet wurde, tadelte die Kommission, daß nach der Fassung des Beschlusses der Vater, beziehungsweise Pfleger als Hauptkläger zu betrachten wäre, während doch die Mutter, „welcher die Ernährungspflicht obliegt, die rechte und eigentliche Klägerin" sei; demnach müßte der von der Abgeordnetenkammer beschlossene Zusatz umgekehrt und der Großvater und der Pfleger des Kinds als Mitkläger aufgeführt werden; die Kommission sei übrigens der Ansicht, daß der ganze Zusatz nicht in das vorliegende Gesetz, sondern in die Prozeßordnung gehöre und beantrage sie daher die Ablehnung des Zusatzes.

Bei der Beratung dieses Antrags in der ersten Kammer erklärte der Regierungskommissär, die Abgeordnetenkammer habe den von ihr beschlossenen Zusatz nicht als einen prozessualischen betrachtet, „sondern beabsichtigt, es solle der Mutter für sich

alles Klagrecht abgesprochen werden und dieselbe nur immer in Verbindung mit dem Pfleger oder Großvater des Kindes klagend auftreten können", übrigens sei er (der Regierungskommissär) in materieller Beziehung mit dem Antrage der Kommission auf Streichung einverstanden. Auf seinen Antrag erklärte sich die Kammer der Standesherrn gegen den Beschluß der Abgeordnetenkammer: „weil, insofern diese Bestimmungen nur als Norm für das Verfahren von dergleichen Klagsachen beigefügt sein sollten, dieselben in die Prozeßordnung gehören würden, und weil, sofern, wie es scheint, die Absicht dahin gegangen wäre, die fraglichen Bestimmungen als Beschränkungen des Klagrechts selbst beizufügen, die Kammer der Standesherrn diese Ansicht selbst nicht teilen könne, indem die Mutter, welcher die Erziehungspflicht obliegt, welche also auch die damit verbundenen Kosten zu tragen hat, allein als die wahre Klägerin erscheint ꝛc.".

Dieser Beschluß gelangte zunächst an die Kommission der Abgeordnetenkammer. Die Kommission beantragte, es solle die Kammer auf ihrem Standpunkt beharren, in Erwägung, daß „nicht die Mutter des Kindes die wahre Klägerin sei, sondern daß dem Kinde selbst zunächst gegen den Vater die Klage auf Alimentation zustehe und daß die Gesetze für eine angemessene Vertretung des Kindes bei dieser Klage zu sorgen haben".

Bei der Beratung dieses Antrags im Plenum der Abgeordnetenkammer erklärte der Präsident:

„Unsere Kammer hat beschlossen, daß eine Klage nur angestellt werden kann nicht von der Geschwächten allein, sondern von dem Vater derselben oder dem Vormund des Kindes, aber in beiden Fällen in Verbindung mit der Mutter, falls diese am Leben ist.
Die Kammer der Standesherren will es aber bei dem bestehenden Rechte lassen ꝛc.".

Nachdem der Abgeordnete Knapp erklärt hatte, nach Auf-

fassung der Abgeordnetenkammer stehe dem **Kinde** das Klagrecht zu, erwiederte der Abgeordnete Gutbrod:

> „Wenn dem Kinde das Klagrecht zusteht, so scheint mir nicht die Verbindung mit der Mutter notwendig zu sein . . . ., weshalb ich darauf antrage, diese Verbindung in dem Gesetze wegzulassen“.

Hierauf entgegnete ein anderer Abgeordneter:

> „Zur Festhaltung der faktischen Verhältnisse ist es aber höchst notwendig, daß die Mutter da sei“.

Bei der sofort erfolgenden Abstimmung wurde der Kommissionsantrag angenommen und damit stillschweigend der Antrag von Gutbrod abgelehnt. Mehrere Abgeordnete stimmten motiviert ab:

so **Gutbrod**:

> „Wegen der Schwierigkeit der Verbindung der Mutter und des Pflegers, ... **Nein!**

Cammerer:

> „Die Verbindung mit der Mutter scheint sehr wesentlich zu sein; denn sonst würde es sich die betreffende Person sehr bequem machen und den Pfleger schicken. **Ja!**“

Die Kammer der Standesherren acceptierte nunmehr den Beschluß der Abgeordnetenkammer und wurde derselbe zum Gesetz.

Angesichts dieser Entstehungsgeschichte des Art. 28, Ziff. 1 des Gesetzes erleidet es nicht den geringsten Zweifel, daß nach dem Willen der gesetzgebenden Faktoren der Anschluß der Mutter des unehelichen Kindes an die Klage auf Reichung der Alimente **notwendig** ist, und daß der Vater der Geschwächten oder der Pfleger des Kindes nur in dem Fall **allein** klagen können, wenn die Mutter nicht mehr am Leben ist.

Sonach ist die erste der im Eingange dieser Erörterungen gestellten Fragen zu verneinen.

II.

Der Anschluß der Mutter an die Klage auf Reichung der Alimente ist aber nicht etwa so zu denken, daß die Mutter

nur in soweit legitimiert erscheint, als es sich um Alimente für die Zeit vor Zustellung der Klage, um „von ihr vorschußweise geleistete Alimente" [1]) handelt. Wäre dies richtig, so wäre nicht zu begreifen, warum die Mutter in allen Fällen mitklagen muß, also auch dann, wenn nur künftige Alimente eingeklagt werden wollten. Und doch macht weder das Gesetz nach seinem Wortlaute einen derartigen Unterschied; noch gibt die Entstehungsgeschichte des Art. 28 den leisesten Anhaltspunkt für solche Unterscheidung.

III.

Ist nach dem unter I. Ausgeführten die in erster Linie gestellte Frage zu verneinen, so ergibt sich hieraus von selbst die Verneinung der zweiten und die Bejahung der dritten Frage. Zu diesem Ergebnisse gelangt man, gleichviel welche von den beiden möglichen Konstruktionen über die prozessualische Stellung der Mutter man für die richtige hält.

Man kann nämlich entweder davon ausgehen, daß die Mutter in dem Prozesse kraft eigenen Rechts mitklagt, oder davon, daß die Mutter neben ihrem Vater, bezw. neben dem Pfleger des Kindes als (zweite) gesetzliche Vertreterin des Kindes klagt. Welche dieser beiden Auffassungen dem Gesetze zu Grunde liegt, ist nicht ganz unzweifelhaft, die Lösung hat aber für die von uns gestellten Fragen keinen praktischen Wert. Geht man nämlich davon aus, daß der Mutter das Klagrecht kraft eigenen Rechts zusteht, so ist sie selbst als Prozeßpartei zu betrachten. Als solche kann ihr einerseits der Haupteid zugeschoben, beziehungsweise auferlegt werden [2]). Andererseits kann sie nicht als Zeugin vernommen werden.

Betrachtet man aber die Mutter als gesetzliche Vertreterin ihres Kindes, so kann ihr der Eid auferlegt werden, nicht weil der gesetzliche Vertreter die Partei selbst ist, wie Gaupp l. c. § 414 sagt, (dagegen C.P.O. § 50 und 435), sondern wegen der ausdrücklichen Bestimmung der C.P.O. § 435. Da-

1) s. Gaupp, Kommentar I. S. 199; Hufnagel, l. c. S. 716.
2) s. C.P.O. § 414.

gegen ist es nicht zulässig, die Mutter qua gesetzliche Vertreterin als Zeugin zu vernehmen [1]).

Zweifelhaft ist die Entscheidung, wenn man die Stellung der Mutter dahin auffaßt, daß dieselbe nur zur Verfolgung der von ihr vorschußweise geleisteten Alimente legitimiert erachtet ist. (s. oben Ziff. II.) Von diesem Standpunkte mag man zu dem Schlusse gelangen, daß die Mutter für diesen Teil der eingeklagten Alimente Partei, somit eides-, aber nicht zeugnisfähig, daß sie aber bezüglich der künftigen Alimente eine dritte Person, sonach zeugnis-, aber nicht eidesfähig ist. Die Unleidlichkeit eines derartigen Ergebnisses dürfte einen weiteren Grund für die Unrichtigkeit jener schon unter Ziffer II widerlegten Auffassung bilden.

Wenn nun aber, wie in dem Falle, der den Anlaß zu diesen Erörterungen gegeben hat, der Pfleger des Kindes (resp. der Vater der Mutter) zuerst in Verbindung mit der Mutter klagt und die letztere im Laufe des Prozesses zurücktritt, dann wird bezüglich des weiteren prozessualen Verfahrens die Frage praktisch, in welcher Stellung die Mutter am Prozesse „mitbeteiligt" war.

Ist die Mutter als Vertreterin ihres Kindes anzusehen, in der Weise, daß in dem Alimentenprozesse letzteres kraft Gesetzes zwei Vertreter hat, nämlich seine Mutter und außerdem entweder seinen Pfleger oder den mütterlichen Großvater, so fehlt es dem Kinde mit dem Moment des Rücktritts seiner Mutter an der gesetzlichen Vertretung. Wenn nun im Fortgang des Prozesses der Großvater oder Pfleger weiter verhandeln will, so ist derselbe zur Verhandlung nicht mehr befugt. Das Kind ist nicht vertreten und es muß auf Antrag des Beklagten durch Versäumnisurteil die Klage abgewiesen werden.

Ist dagegen die Mutter als Mitklägerin kraft eigenen Rechts zu betrachten — was wohl richtig sein wird —, so bleibt das Kind nach wie vor gesetzlich vertreten und es kann,

1) s. Gaupp, l. c. S. 247; Wilmowski, Kommentar zur C.P.O. Anmerkungen zu § 338 u. 350 ff.

wofern der Großvater oder der Pfleger fortverhandelt, ein Versäumnisurteil gegen das Kind nicht erlassen werden. Allein die Klage ist materiell abzuweisen, weil das Kind für sich allein nicht aktiv legitimiert ist, sondern nur in Verbindung mit der Mutter.

IV.

Wenn man im Gegensatz zu vorstehender Ausführung die Eingangs dieses Aufsatzes in erster Linie gestellte Frage bejaht, wenn man somit den Vater der Geschwächten oder den Pfleger des Kindes berechtigt hält, ohne, ja gegen den Willen der Mutter auf Reichung von Alimenten zu klagen, so wird man bezüglich der Beantwortung der zwei andern Fragen zu unterscheiden haben, ob der Vater, beziehungsweise der Pfleger allein klagt oder in Verbindung mit der Mutter.

1) Im ersteren Fall kann der Mutter der Eid nicht auferlegt werden, weil sie weder Partei noch gesetzliche Vertreterin einer Partei ist. Aus demselben Grunde ist es zulässig, sie als Zeugin zu vernehmen [1]).

2) Im andern Fall findet in beiderlei Beziehungen das Gegenteil statt, eben weil die Mutter als Prozeßpartei, beziehungsweise als gesetzliche Vertreterin der Klagpartei zu betrachten ist.

3) Wenn die Mutter zuerst mitklagt, nachträglich aber zurücktritt, so ist sie von nun an als eine dem Prozesse fremde Person zu betrachten. Sonach kann ihr ein Parteieid nicht zugeschoben oder auferlegt werden. Dagegen steht nichts entgegen, sie als Zeugin zu vernehmen.

In den zu 1) und 3) erwähnten Fällen entstehen übrigens noch die weiteren Fragen:

a) ob die Mutter des Zeugnisses sich entschlagen kann?

b) ob sie eventuell unbeeidigt zu vernehmen ist?

Die Frage ad a) ist zweifellos zu bejahen — nicht wegen § 348 Ziff. 3 und § 349 Ziff. 1 der C.P.O. — denn nach § 350 Ziff. 3 kann in den Fällen, welche durch die angeführten Bestimmungen getroffen sind, das Zeugnis nicht verweigert

1) so auch Gaupp C.P.O. II. S. 386.

werden über Thatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen; wohl aber wegen der Bestimmung des § 349 Ziff. 2. Nach derselben kann das Zeugnis verweigert werden über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen zur Unehre gereicht. Diese Bestimmung ist aber durch keine Ausnahme eingeschränkt.

Was die Frage ad b) anlangt, so sind nach § 358 Ziff. 3 in Verbindung mit § 343 Ziff. 3 und § 349 Ziff. 2 der C.P.O. unbeeidigt zu vernehmen sowohl die Aszendenten einer Partei, als diejenigen Personen, welche und soweit sie über Fragen vernommen werden, deren Beantwortung ihnen zur Unehre gereicht. Aus diesem doppelten Grunde ist die Mutter als Mitklägerin im Alimentenprozesse unbeeidigt zu vernehmen. Das Prozeßgericht kann jedoch nach dem letzten Absatz des § 358 die nachträgliche Beeidigung derselben anordnen.

Nach demjenigen Prozeßrechte, welches zur Zeit des Erscheinens des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen in Geltung war, durfte die Mutter in dem Alimentenprozeß als Zeugin nicht vernommen werden. Sie war wegen ihres Verwandtschaftsverhältnisses zu dem Kinde eine unfähige Zeugin[1]). Allein es konnte ihr, wenn sie dem Prozesse nicht beitrat oder sich nachträglich zurückzog, auch der Haupteid nicht auferlegt werden. Denn die Bestimmung in Absatz 3 des Art. 28 Ziff. 1 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen rc., nach welcher der Geschwächten als „Mitbeteiligter" ein Eid zugeschoben oder auferlegt werden kann, bezieht sich selbstverständlich nur auf den Fall, wenn sich die Mutter wirklich am Prozesse mitbeteiligt.

Damit wäre freilich der praktische Wert der exceptio plurium nahezu auf Null reduziert. Nach der Natur der Sache kann der Beklagte in den weitaus meisten Fällen die Voraussetzungen der exceptio durch nichts beweisen als durch den Eid der Geschwächten. Wenn nun diese als Zeugin

---

1) s. Berner-Schäfer, das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen S. 3[illegible]2

überhaupt nicht vernommen, also auch nicht beeidigt werden durfte und wenn sie zugleich des Parteieids sich dadurch entledigen konnte, daß sie ihren Vater oder Pfleger allein ohne ihre Mitwirkung klagen ließ, so mußte die exceptio mangelnden Beweises halber zurückgewiesen werden. Ist nun aber anzunehmen, daß jenes Gesetz von 1839 die erwähnte Bestimmung über Beeidigung der Mutter aufgenommen hätte, wenn die Mutter die Bestimmung nach freiem Belieben illusorisch machen konnte? Gewiß nicht. Und dies spricht wieder dafür, daß die Alimentenklage nicht erhoben werden kann ohne Mitbeteiligung der Mutter.

XIII.

Ueber die nach außen bestehende gesetzliche Haftung beider Ehegatten für Sozialschulden der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft.

Von

Oberamtsrichter Freih. v. Wächter-Spittler in Rottenburg.

Während die Grundsätze über die Abgrenzung der Sozial- und Sonderschulden, sowie über die Deckung beider aus dem ehelichen Gesamtvermögen und seinen verschiedenen Bestandteilen für das interne, zwischen den Ehegatten selbst stattfindende Verhältnis im großen und ganzen als feststehend angesehen werden dürfen, besteht hinsichtlich der Haftung für die Sozialschulden nach außen eine weitgehende Meinungsverschiedenheit. Bald nach der Publikation des dritten württembergischen Landrechts zu Tage getreten [1]), hat die Kontroverse eine unmittelbare Entscheidung im Wege der Gesetzgebung bis heute nicht gefunden, und es wird daher der Versuch eines Beitrags

1) Mit der sofort zu erwähnenden Dissertation von Besold, s. S. 341 Note 2.

zu derselben um so eher gestattet sein, als die Praxis [1]) zur Lösung der Frage verhältnismäßig häufigen Anlaß bietet.

I. Daß der Ehemann für die Sozialschulden stets in erster Reihe auf das Ganze hafte, wird als ein Satz des württembergischen Rechts ohne nähere Begründung angeführt von Neubauer, das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht, S. 118 nach Note 54.

Derselben Ansicht scheint — abgesehen von dem Falle einer besonderen gegenteiligen Erklärung des Ehemanns — zu sein v. Sarwey im Württ. Archiv, Bd. XVII, S. 429 bei und in Note 13.

Ferner mag hieher gezählt werden Jeitter, Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bd. II. § 1044, 2. Aufl. S. 677, welcher (in einer Anleitung zur Niederschrift von Schuldscheinen für gemeinschaftliche Darlehen zu ehelichen Zwecken) von einer den Ehemann auch ohne ausdrückliche Erklärung treffenden Samtverbindlichkeit offenbar ausgeht, ohne sich über deren Voraussetzungen und Inhalt näher auszusprechen.

II. Neben der auf die Hälfte der Sozialschuld beschränkten prinzipalen Haftung beider Ehegatten lassen subsidiär, d. h. für den Fall der Unzulänglichkeit des dem andern Ehegatten gehörigen Vermögens, jeden der Ehegatten oder wenigstens den Ehemann auch für die andere Hälfte haften Besold, Christoph, Fasc. disputationum, Tübingen 1629, disp. ad partem quartam iur. municip. Württ. S. 9, § 28 [2]), Reyscher,

1) Was die Rechtsprechung des obersten Landesgerichts betrifft, so behandelt das im Württ. Archiv Bd. IV. S. 426 ff. abgedruckte Urteil des vormaligen Obertribunals vom 26. Oktober 1860 den Rechtszustand seit Einführung des Pfandentwicklungsgesetzes nur für den Fall der wirklich erfolgten Zulassung der Ehefrau zu den weiblichen Freiheiten.

2) Besold ist der einzige Vertreter dieser Richtung, welcher nicht nur den Ehemann, sondern auch die Ehefrau subsidiär haften lassen will. Der von ihm aufgestellte Satz: »sed si debitum sit commune et ex modo dicta causa (nämlich zu ehelichen Zwecken) contractum, tunc, si maritus nil habeat in bonis, in solidum uxor tenetur« handelt sogar direkt nur von der Haftung der Ehefrau. Allein in dem durch die These Besolds hervorgerufenen Meinungskampf ist der ausdrücklich besprochene

württ. Privatrecht, Bd. III. § 564 bei Note 12 und 13 [1]),

Fall stets als ein bloßes Beispiel aufgefaßt worden, vgl. Hochstetter, Annot. 1. Aufl. (1735) S. 292; Lauterbach, diss. de aere alieno etc. § 55 S. 45; Harpprecht, Vol. Nov. III. Cons. 69 Nr. 210; Tübinger Konsilien, Collectio nova, Vol. III Cons. 295 Nr. 8; Gmelin, diss. de obligatione uxoris etc. §§ 23—25, und dies gewiß mit vollem Recht, da Besold wohl kaum der Meinung sein konnte, es treffe die aushilfsweise Verbindlichkeit nicht ebenso auch den Ehemann. Daß Besold nicht etwa eine bloße Teilungseinrede, sondern eine eigentliche Subsidiarität der Haftung für die Hälfte der Schuld als vorhanden annahm, ergibt schon der Wortlaut des von ihm aufgestellten Satzes. Die Kontroverse wird demgemäß auch von Lauterbach a. a. Ort dahin formuliert: »si nullus adesset conjugalis acquaestus et unus ex conjugibus, verbi gratia maritus, nulla plane aut ad suam aeris alieni partem solvendam non sufficientia habet vel relinquit bona, ne pars altera verbi gratia uxor, sufficientia possidens bona, totum hoc aes alienum ab utroque conjugum contractum ex propriis bonis solvere vel supplere cogatur?«

1) Die hier gebrauchten Wendungen: der Ehemann habe „hilfsweise" für das Ganze einzutreten, er müsse die Sozialschuld „nötigenfalls" mit seinem eigenen Vermögen vertreten — sprechen schon einigermaßen dafür, daß auch Reyscher eine eigentliche Subsidiarität im Auge hat. Soferne allerdings (in Uebereinstimmung mit der Landrechtsstelle IV., 4, § 2) an die Spitze der Satz gestellt ist, daß die ehelichen Schulden zunächst aus der Errungenschaft zu bezahlen seien, könnte man geneigt sein, jene Ausdrücke lediglich auf den Fall der Unzulänglichkeit der Errungenschaft zu beziehen. Allein dann müßte man annehmen, Reyscher wolle die Ehefrau mit ihrem eigenen, nicht zur Errungenschaft gehörigen Vermögen überhaupt nicht haften lassen, während er doch selbst für den Fall der Unzulänglichkeit der Errungenschaft die hälftige Haftung jedes Ehegatten voranstellt. Ueberdies ergibt sich aber auch aus der bei Reyscher a. a. O., Note 12 zu findenden Bezugnahme auf die gegenteiligen Ausführungen von Griesinger, Kommentar Bd. VII, S. 239 und Weishaar, württ. Privatrecht § 159, daß Reyscher eine subsidiäre Haftung des Ehemanns gegenüber der Ehefrau, und zwar nicht etwa im Sinne einer bloßen Teilungseinrede, aufstellen wollte. Denn die genannten beiden Schriftsteller befassen sich a. a. O. gerade mit der zuerst von Besold (s. S. 341 Note 2) angeregten Frage. Griesinger sagt: „wenn auch einer der beiden Ehegatten seine Hälfte zu bezahlen nicht im Stande wäre, so ist der andere Ehegatte deswegen doch nicht schuldig, für seinen Gatten zu bezahlen". Weishaar drückt sich für denselben Fall

Otto, O.Trib.Rat, Entwurf eines Gesetzes über die eheliche Gütergemeinschaft, § 70 und Begründung hiezu S. 101, 102 [1]) und Lang, Personen-, Familien- und Vormundschaftsrecht, 2. Aufl. S. 369, Note 19 zu § 53 [2]).

---

noch charakteristischer dahin aus: „es erwächst hieraus für den Gläubiger kein Recht, sich deshalb an den andern Gatten zu halten". Wenn also Reyscher gegenüber dieser Ausdrucksweise nicht etwa die Behauptungen Griesingers und Weishaars deshalb für unzutreffend erklärt, weil der Ehemann von Hause aus für die ganze Schuld in solidum hafte, sondern seinen Widerspruch in die oben angeführten Worte kleidet, so kann hierin nichts anderes als die Aufstellung gerade des von Griesinger und Weishaar verneinten Rechtssatzes, soweit die Haftung des Ehemanns in Frage kommt, gefunden werden.

Zu bemerken ist übrigens, daß Reyscher die Mitwirkung des Ehemanns bei Kontrahierung der Schuld voraussetzt.

1) Dieser im großen und ganzen auf Fixierung des bestehenden Rechtszustandes berechnete Entwurf kann als Ausdruck der Ueberzeugung seines Verfassers auch de lege lata unbedenklich angesehen werden. Der vorgeschlagene § 70 lautet: „Der Ehemann ist überdies (d. h. neben der Haftung der „Gemeinschaft") bei den vertragsmäßigen Sozialschulden aushilflich für's Ganze verbindlich". Allerdings erhebt sich auch hier auf den ersten Blick der Zweifel, ob nicht gesagt werden will: zunächst ist die Schuld aus dem vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögen zu decken, reicht dies nicht zu, so ist darüber hinaus die Ehefrau gar nicht, der Ehemann dagegen für's Ganze verbindlich. Allein, daß dies nicht die Auffassung des Entwurfs war, ergibt sich aus dessen übrigem Inhalt und der beigegebenen Begründung, so z. B. aus § 156, wo als Wirkung der weiblichen Freiheiten unter Bezugnahme auf Art. 68 des Pfandentwicklungsgesetzes bestimmt ist, daß die Ehefrau den Gemeinschaftsgläubigern nur dann, wenn sie sich selbst verbindlich gemacht, und nur aushilfsweise hafte, ferner aus der Bemerkung der Motive S. 163 (zu § 159), daß ohne Anrufung der weiblichen Freiheiten das ganze Vermögen der Ehefrau, nicht bloß ihr Einbringen, für die Sozialschulden verhaftet wäre, oder m. a. W., daß die Ehefrau, wie nach bestehendem Recht außer Streit ist, für die Sozialschulden eben zur Hälfte persönlich haftet.

2) Lang, welcher in der zweiten Auflage seinen Standpunkt geändert hat, (s. unten Ziff. III.) spricht hier nicht geradezu aus, daß die Haftung des Ehemanns für den Anteil der Ehefrau nur dann eintrete, wenn diese nicht bezahlen könne. Uebrigens erklärt er die von ihm nunmehr bekämpfte, in der ersten Auflage geteilte entgegengesetzte Ansicht

III. Jede auch nur subsidiäre Haftung des Ehemanns für die Schuldhälfte der Ehefrau, und ebenso umgekehrt, wird verneint von Hochstetter, annotationes ad ius provinc. Württ., Teil IV. Tit. 4, § 2, 1. Auflage, S. 292; Griesinger, Landrechtskommentar Bd. VII, S. 239 bei Note s. (zu vgl. auch S. 244 bei Note h.); Reinhardt, Landrechtskommentar Bd. III, (4. Teil) S. 73, Lehre vom Gant, Beil. 1, (S. 274) § 17 bei Note 2; Weishaar, württ. Privatrecht, § 159 nach Note d, 3. Aufl. S. 172; Bierer, württ. Privatrecht, Bd. III, § 228, S. 27. 28; Lang, Personenrecht, erste Auflage, S. 296, § 53, Note 19; Hohl (Stein u. Kübel), württ. Erbrecht, § 202 Zusatz II, 4. Aufl. S. 228; auch Pfizer, Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber, 1. Teil, § 122 S. 242—245, scheint auf demselben Standpunkte zu stehen, wenngleich hier auf die Frage der Haftung des Mannes nicht näher eingegangen wird.

Den drei im Bisherigen erwähnten Auffassungen steht

IV. die Ansicht derjenigen Schriftsteller gegenüber, welche behufs Beantwortung der Frage je nach der Entstehungsweise der Sozialschuld unterschieden wissen wollen. Dieselben stimmen für den Fall gemeinsamer Eingehung der Schuld durch beide Eheleute sämtlich dahin überein, daß jeder Gatte (von der Eventualität der Anrufung der weiblichen Freiheiten selbstverständlich abgesehen) nur für seine Hälfte hafte, wogegen, falls der Ehemann (oder auch nach einigen der nachgenannten Schriftsteller, falls die Ehefrau) allein kontrahiert hat, die Solidarhaft des Ehemanns eintreten

doch nur auf diesen Fall, „in welchem die Frage besonders praktisch werde", für eine juristische Unmöglichkeit. Und außerdem ergibt sich aus der von Lang im Text (a. a. O. bei Note 19) gleichlautend mit der ersten Auflage vorangestellten Regel der Haftung beider Ehegatten für die Hälfte der Sozialschulden, daß er eine prinzipale Solidarhaft des Ehemannes nicht im Sinn haben kann, da hiedurch die zuerst ausgesprochene Regel für den Ehemann wieder in Wegfall käme, wogegen eine subsidiäre Samtverbindlichkeit des Mannes nicht nur mit jener Regel sich ganz wohl verträgt, sondern eine von Hause aus vorhandene Teilung der prinzipalen Haftbarkeit sogar begriffsgemäß voraussetzt.

soll. Die Vertreter dieser Theorie sind: Lauterbach, diss. de aere alieno in societate conjugali contracto solvendo, Tüb. 1669, §§ 55. 56. 64; Gmelin, diss. de obligatione uxoris ad solvenda debita a conjugibus contracta, moto imprimis super bonis mariti concursu creditorum, Tübingen 1785, § 23 bei Note h. § 24 bei Note q.[1]); Bolley, dreiunddreißig Aufsätze, S. 293–296; Betrachtungen, S. 277. 278; Entwurf einer Amtsinstruktion, Motive S. 118; Rechte und Verbindlichkeiten württ. Bürger, 1. Aufl. § 108, Anm. a 4, S. 205. 2. Aufl. § 140, Anm. c, S. 238. 239[2]); Römer, Vorlesungen über württ. Privatrecht, Mskr. § 165; Mandry, Vorlesungen über württ. Privatrecht, Mskr. § 89 B. III.; Stieglitz, Kommentar zur Reichskonkursordnung, S. 235. 236. Den gemeinsam kontrahierten Sozialschulden werden dann auch diejenigen Sozialschulden gleichgestellt, welche unabhängig vom Willen der Ehegatten, z. B. durch Geschäftsführung eines Dritten, entstanden sind.

Bevor nun an die Prüfung dieser verschiedenen Ansichten gegangen werden kann, sind folgende allgemeine Bemerkungen vorauszuschicken:

1. Wenn von der gesetzlichen Haftung der Ehegatten für die Sozialschulden die Rede ist, braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden, daß und unter welchen Voraussetzungen sowohl der Ehemann, als auch die Ehefrau vermöge positiver,

---

1) Eine deutsche Uebertragung dieser Dissertation enthält der Anhang zur 5. Auflage der Gmelin'schen Ordnung der Gläubiger: „Von der Verbindlichkeit einer Ehefrau zur Bezahlung der bei dem Gantprozeß über das Vermögen ihres Ehemanus eingeklagten Schulden". f. daselbst § 18 bei Note g (S. 737), § 20 bei Note y (S. 742).

2) Allerdings pflegt Bolley, so z. B. von Reyscher a. a. O., von Lang a. a. O., als Autorität für die Annahme einer ausnahmslosen Solidarhaft des Ehemanns citiert zu werden. Allein bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß Bolley zu den Anhängern einer der oben unter I u. II besprochenen Richtungen nicht gezählt werden darf, worüber neben den im Text angeführten Schriften Bolley's auf die weiter unten zu citierenden Werke desselben Verfassers Bezug zu nehmen ist.

sei es nun ausdrücklicher [1]) oder stillschweigender, Willenserklärung ihre Haftung für eine die eheliche Gesellschaft angehende Schuld auf das Ganze derselben erstrecken [2]), oder, daß und unter welchen Voraussetzungen die Ehefrau — mittelst Anrufung der weiblichen Freiheiten — sich der Haftung für eine bestehende Sozialschuld sogar gegen den Willen des Gläubigers und des Ehemannes nachträglich wieder entledigen kann.

2. Ebenso ist von der gegenwärtigen Untersuchung auszuscheiden diejenige Haftung, welche den kontrahierenden Ehegatten als Kontrahenten in solchen Fällen trifft, wo der soziale Charakter der Schuld dem Vertragsgegner gegenüber nicht zum Ausdruck gebracht worden ist. Denn aus der Haftung, welche in diesem Falle den kontrahierenden Gatten als solchen trifft, kann auf die Haftung beider Ehegatten für eine ausgesprochenermaßen Namens der ehelichen Gesellschaft kontrahierte Schuld in keiner Weise geschlossen werden [3]).

---

1) Bei der Ehefrau kann wegen des Erfordernisses der Interzessionsform natürlich nur eine ausdrückliche Willenserklärung in Frage kommen.

2) Selbstverständlich kann die Haftung des einzelnen Ehegatten durch Vereinbarung mit dem Vertragsgegner auch beschränkt werden. Dagegen wäre die Vertragsbestimmung, daß für eine Sozialschuld der eine Ehegatte gar nicht haften solle, eine contradictio in adjecto, und würde eine Vereinbarung des Inhalts, daß „bloß die Errungenschaftsgesellschaft verbindlich werden solle" (vgl. Württ. Archiv Bd. XVII, S. 429 Note 13), wohl dahin aufzufassen sein, daß beide Ehegatten in dem für Sozialschulden durch die Gesetze dispositiv bestimmten Verhältnis die persönliche Haftung übernehmen. Denn als ein besonderes, von den Ehegatten verschiedenes Rechtssubjekt ist die Errungenschaftsgesellschaft bis jetzt nicht anerkannt und auch wohl nicht anzuerkennen.

3) Selbst wenn man die Grundsätze der actio institoria auf diesen Fall anwenden will, worauf später noch zurückzukommen ist, kann von einer Haftung des nicht kontrahierenden Gatten aus dem Kontrakt, falls dieser letztere ausschließlich auf den Namen des kontrahierenden Gatten abgeschlossen wurde, nur in dem Falle die Rede sein, wo auf das eheliche Verhältnis irgendwie Bezug genommen worden ist. l. 1 § 9 D. 14,1 Windscheid, § 482 Note 9 u. Note 14 c. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so ist eine Haftung des nicht kontrahierenden Gatten überhaupt nur unter dem Gesichtspunkt der Verwendung zu konstruieren. Der kontrahierende Gatte muß aber in diesem Falle aus dem

3. Endlich ist die Frage, auf welche Weise Sozialschulden entstehen können, hier nur insoweit zu berühren, als gerade an die Entstehungsweise der Schuld die vorhandenen Gegensätze der Theorie und etwaige Rechtsbildungen angeknüpft haben. Es ist daher nur beiläufig zu erwähnen, daß neben dem Falle ausdrücklicher Kontrahierung einer Sozialschuld durch beide oder einen Ehegatten Namens der ehelichen Gesellschaft die Praxis eine soziale Verbindlichkeit insbesondere auch nach den Grundsätzen der Verwendungsklage [1]) entstehen läßt, ohne daß hiebei eine Bezugnahme [2]) auf den ehelichen Zweck der Schuld beim Vertragsabschluß gefordert würde [3]).

Untersucht soll nur werden die Haftung der Ehegatten für eine Sozialschuld als solche, also für eine Schuld, deren soziale Eigenschaft feststeht, sei es weil die Verwendung zu ehelichen Zwecken dargethan ist, oder weil beide Ehegatten gemeinsam kontrahiert haben [Art. 3 des Pfand-Ergänzungsgesetzes], oder weil einer derselben oder ein Dritter in befugter Vertretung der ehelichen Gesellschaft die Schuld Namens der letzteren gemacht hat.

Daß hinsichtlich der so verstandenen Haftung der Eheleute auch nach außen von jeher die Bestimmung des württ. Landrechts [4]), Teil IV. Tit. 4. § 2 zum Ausgangspunkt ge-

---

Kontrakt unter allen Umständen auf das Ganze der Schuld haften, und es ist hiefür die soziale Natur der letzteren völlig gleichgiltig.

1) vgl. Bolley, 33 Aufsätze S. 292. 296. Württ. Archiv Bd. XXI, S. 243 bei Note 1.

2) wie dies nach gemeinem Recht gefordert werden müßte. vergl. Windscheid § 483 bei und in Note 5.

3) Gewöhnlich wird gelehrt, es komme darauf an, ob die Schuld ihrer Natur nach den sozialen Zweck an sich trage, und dieser Fall neben der ausgesprochenermaßen für die eheliche Gesellschaft erfolgten Vertragsschließung besonders aufgeführt (so z. B. bei Lang, Pers R. § 53 B. II. 2 b. α. β.). Allein diese soziale Natur der Schuld kann nur entweder als Indizium für die bei beiden Kontrahenten obwaltende Absicht der Begründung einer Sozialschuld, oder aber unter dem Gesichtspunkt der Verwendungsklage in Betracht kommen.

4) Darauf, daß das dritte Landrecht vom Jahre 1610 den Grundsatz der hälftigen Verteilung der Sozialschulden zwischen beiden Eheleuten im

nommen worden ist, kann nicht Wunder nehmen. Unmittelbar freilich ist hier nur gesagt, daß bei Trennung der Ehe

Falle des Todes eines Ehegatten neu eingeführt hat, und daß deshalb mit den Bestimmungen der beiden ersten Landrechte von 1555 und 1567 nicht viel zu beweisen ist, hat Lang, 1. Aufl. S. 296, gegenüber der Bemerkung von Reyscher, württ. Privatrecht § 564 Note 13, mit Recht hingewiesen. Allein es dürfte der Vollständigkeit wegen doch von Interesse sein, die betreffenden Bestimmungen des ersten und zweiten Landrechts kurz anzuführen, und zwar dies um so mehr, weil die Prüfung dieser Bestimmungen ergibt, daß sie auch für die Annahme einer etwa vor dem dritten Landrecht gesetzlich bestandenen Solidarhaft des Ehemannes für die Sozialschulden, oder überhaupt für die Annahme einer vorwiegenden Haftung des Ehemannes im Gegensatz zur Ehefrau nicht den mindesten Anhalt bieten.

Das erste Landrecht bestimmt, (und zwar ohne Unterscheidung, je nachdem der Mann oder die Frau zuerst stirbt und je nachdem gemeinschaftliche Kinder, bezw. Deszendenten des Verstorbenen vorhanden sind, oder nicht), daß „alle Schulden, so in währender Ehe durch beide Eheleute gemacht, aus samenthafter unzerteilter Erbschaft allenthalben am ersten bezahlt werden sollen", (s. Reyscher, Ges. Sammlung Bd. IV. S. 371 Note 556). Zu dieser gesamten unverteilten Erbschaft gehört nach dem ersten Landrecht die ganze Errungenschaft. Eine Gesellschaftsteilung wurde auf den ab intestato erfolgten Tod eines Ehegatten überhaupt nicht vorgenommen (vgl. Wächter, württ. Privatrecht, Bd. I. S. 247 bei Note 6), und hienach war es ganz konsequent, auch die Lasten der ehelichen Gesellschaft zunächst dem Nachlaß (nicht dem verstorbenen Manne als dem Ehemann, sondern ganz ebenso auch der vorher verstorbenen Ehefrau) zuzuscheiden, womit freilich die Ueberwälzung auch der gesamten ehelichen Einbuße auf den Nachlaß (s. Wächter, a. a. O., S. 429 Note 4 am Schluß) und demzufolge die Deckung der aus der Errungenschaft nicht zu tilgenden Sozialschulden lediglich aus dem Sondergut des vorher verstorbenen Ehegatten noch nicht gerechtfertigt, und eine Bestimmung über die Schuldenhaftung für den Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses überhaupt nicht gegeben war.

Durch die Deklaration vom 31. März 1558 (Reyscher, Ges. S. Bd. IV. S. 157—159) wurde das erste Landrecht dahin erläutert, oder vielmehr (vgl. Wächter, a. a. O., S. 247 Note 6., S. 254 Note 13) abgeändert, daß im Falle kinderloser Ehe auf den Tod eines Ehegatten zunächst die Gesellschaftsteilung vorgenommen, und demgemäß die halbe Errungenschaft dem Ueberlebenden vorab zugeschieden, also nur die andere Hälfte als Bestandteil des Nachlasses angesehen werden sollte. Dieser Grundsatz wurde durch das zweite Landrecht mit der gleichen Beschränkung

durch den Tod eines Ehegatten die von beiden Eheleuten gemachten Schulden, soweit die Errungenschaft zu ihrer Deckung nicht ausreiche, zur Hälfte aus dem eigenen Vermögen jedes Ehegatten bezahlt werden sollen. Allein in Ermanglung jeder anderweitigen landrechtlichen Bestimmung war es zunächst sehr natürlich, daß jener Satz von jeher ganz allgemein [1]) für die Verteilung der Sozialschulden im internen Verhältnis beider Ehegatten zur Anwendung gebracht worden ist. Und auch für die Haftung nach außen ist die Anwendbarkeit des Landrechtssatzes, welcher ohne weiteres zur Verneinung jeder So-

auf den Fall kinderloser Ehe adoptiert, gleichwohl aber bestimmt, (s. Reyscher, Ges. S. Bd. IV. S. 369, S. 372) daß die Schulden, soweit sie aus der Errungenschaft nicht gedeckt werden könnten, aus des verstorbenen Ehemannes bezw. der verstorbenen Ehefrau eigener anderer Verlassenschaft zu bezahlen seien. Insoweit blieb es also bei der Bestimmung des ersten Landrechts, und die Frage, ob bei Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Deckung der Sozialschulden der überlebende Ehegatte als solcher haften sollte, wurde auch jetzt nicht geregelt. Bemerkenswert ist noch, daß der Ersatzanspruch des Verstorbenen wegen einer an seinem Sondergut erlittenen Einbuße auch nach dem zweiten Landrecht von dem überlebenden Ehegatten nicht etwa hälftig zu decken ist, sondern daß bei Unzulänglichkeit der Errungenschaft diese Einbuße eben einen Ausfall an der Erbschaft bildet. (vgl. Wächter, a. a. O., S. 278 Note 42).

Daß sowohl das erste wie das zweite Landrecht dem verstorbenen Ehegatten ohne Unterschied zwischen Mann und Frau die aus der Errungenschaft nicht zu deckenden Sozialschulden zuscheidet, führt übrigens Reyscher, württ. Privatrecht § 564 Note 10, selbst an, und wenn er gleichwohl auf den § „Wann nämlichen" ꝛc. des zweiten (wie es statt „das erste Landrecht" a. a. O., Note 13, heißen muß) Landrechts Bezug nimmt, unterliegt er offenbar nur durch ein Versehen demselben Mißverständnis, in welches schon die Eisengrein'sche Relation zum 4. Teil des Landrechts (s. Württ. Landrechtsakten S. 479 und Wächter, Privatrecht a. a. O., S. 428, Note 4) verfallen ist.

1) Daß der Wortlaut des § 2 zu eng ist, ergibt eine Vergleichung mit § 3, wonach die von einem Ehegatten gemachten Schulden nur unter gewissen weiteren Voraussetzungen als Sonderschulden behandelt werden sollen. Darüber, daß (zunächst für das interne Verhältnis) alle Sozialschulden und nur die Sozialschulden (s. Griesinger, Kommentar Bd. VII. S. 235, Note g, S. 244 bei Note h) unter den § 2 fallen, besteht denn auch heutzutage kein Streit.

lidarhaft führen würde, (s. oben Ziff. III) an sich von keiner der drei Richtungen I II u. IV beanstandet. Vielmehr läuft, soweit die Vertreter der letzteren eine Begründung ihrer Ansicht überhaupt für erforderlich halten, dieselbe eben entweder darauf hinaus, daß der Landrechtssatz für gewisse Entstehungsarten der Sozialschuld durch die Grundsätze des gemeinen Rechts modifiziert werde, (oben Ziff. IV) oder daß derselbe, sei es durch die württ. Pfandgesetzgebung (oben Ziff. I u. II), sei es durch Gewohnheitsrecht, im Sinne einer mehr oder weniger weitgehenden Solidarhaft des Ehemannes abgeändert worden sei.

A. Was nun die Zuhilfenahme des gemeinen Rechts anlangt, so können gerade die gemeinrechtlichen Grundsätze der Sozietät, auf welche insbesondere Lauterbach seine Ansicht gestützt hat, nach der heute herrschenden und wohl richtigeren Lehre für den Standpunkt der oben unter IV angeführten Schriftsteller nicht mehr verwertet werden. Lauterbach, und anlehnend an seine Dissertation die später anzuführenden Gutachten der Tübinger Juristenfakultät gehen mit der älteren gemeinrechtlichen Doktrin davon aus, daß zwar mehrere gemeinsam kontrahierende Gesellschafter nach l. 11. § 2 D. 45,2 [1]) nur nach Kopfteilen haften, daß dagegen im Falle der Eingehung einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter vermöge der Grundsätze der institorischen Klage [2]) an und für sich die Samtverbindlichkeit sowohl für den Geschäftsführer, als für die durch ihn vertretenen anderen Gesellschafter begründet sei. Der so gefundene Rechtssatz wird bei seiner Uebertragung auf das Verhältnis der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft alsdann nur insoweit angewendet, als die Schranken der Interzession dies zulassen, und so gelangt ein Teil der Vertreter der vierten Ansicht zu einer Solidarhaft des Ehemannes nicht nur für den Fall der Kontrahierung durch diesen selbst, sondern auch für den Fall des Vertrags-

1) vgl. hiezu auch l. 44 § 1 D. 21,1., l. 4. pr. D. 14,1.
2) l. 13 § 2, l. 14 D. 14,3.

abschlusses durch die Ehefrau. Dieser ganzen Theorie wird aber vom Standpunkt des heutigen gemeinen Rechtes der Boden entzogen, sofern hienach vermöge des Prinzips unmittelbarer Stellvertretung auch bei der Sozietät aus einem namens der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter abgeschlossenen Rechtsgeschäft alle Gesellschafter nur zu ihrem Gesellschaftsanteil haften [1]).

B. Die württ. Pfandgesetzgebung hat, wie dies auch nicht im Bereich ihrer Aufgabe lag, eine direkte Bestimmung über die Schuldenhaftung während des Bestehens der Errungenschaftsgesellschaft nicht getroffen. Und auch mittelbar können die von ihr aufgestellten Grundsätze nicht, wie dies von den Vertretern der ersten und zweiten Richtung zum Teil geschieht, für eine Solidarhaft des Ehemannes verwertet werden. Daß dies

1) bei dem Art. 68 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 zunächst seinem Wortlaute nach nicht der Fall sei, ist schon oft hervorgehoben worden. Allein auch die Annahme, der Gesetzgeber habe hier stillschweigend eine, etwa gewohnheitsrechtlich bestehende, allgemeine Solidarhaft des Ehemannes (für den Fall, daß ein Errungenschaftsverzicht der Ehefrau nicht vorausgegangen wäre) sanktioniert, findet in der Entstehungsgeschichte des Artikels keinen genügenden An-

---

1) Windscheid, Pandekten, 5. Auflage, § 407 Note 7; Kübel, im württ. Archiv, Bd. XI. S. 6 ff., XIV. S. 317 ff.; Wächter, Pandekten, II. Teil, 1881, § 177. II. C. 2. b. S. 311. Im Uebrigen ist zu bemerken, daß schon die Anwendung der für die römischrechtliche Sozietät geltenden Grundsätze auf die Errungenschaftsgesellschaft nicht unbedenklich ist (vgl. hierüber Lang, § 46, Note 4), und daß, selbst deren Anwendbarkeit zugegeben, der kontrahierende Ehegatte keineswegs die Rechtsstellung eines bloßen institor hat, seine Vertretungsbefugnis vielmehr beim Ehemann aus dem Verwaltungsrecht, bei der Ehefrau (der Regel nach, also soweit sie nicht Handelsfrau ist) aus der Schlüsselgewalt abgeleitet werden muß. Die neueren Vertreter der vierten Ansicht, s. z. B. Mandry a. a. O., Stieglitz a. a. O., gründen dieselbe ebendarum auch nicht mehr auf eine unmittelbare Anwendbarkeit jener Sätze des römischen Rechts.

haltspunkt. Die gedruckten Materialien der Ständeversammlung [1]) geben über den Sinn und die Tragweite des Art. 68 nur sehr spärlichen Aufschluß, und es darf dies wohl dem Umstand zugeschrieben werden, daß der Wortlaut des Artikels klar und unzweideutig erscheinen mochte. Die Veranlassung zu der Bestimmung lag aber zweifellos lediglich in dem Bestreben der Gesetzgebung, für den Fall der Anrufung der weiblichen Freiheiten (und der dadurch im internen Verhältnis bedingten Ueberwälzung aller Soziallasten auf den Ehemann) die Befreiung der Ehefrau auch von der Haftung gegenüber dem Dritten soweit als möglich durchzuführen [2]).

---

1) Zu vgl. Verh. der Kammer der Abg. von 1828. 1) Gesetzesentwurf (Art. 52.) 2. a. o. Beil.Heft, S. 145. 2) Note des Justiz. Min. an die Vorberatungskommission, das. S. 122. 3) Bericht dieser Kommission, 4. a. o. Beil.Heft, S. 214. 4) Sitzungsprotokoll vom 31. März 1828, Heft VII. S. 1827—1829. 5) Zusammenstellung der Beschlüsse zum Protokoll vom 1. April 1828, daselbst S. 1867. 6) K. Reskript hierauf vom 1. April 1828, daselbst S. 1899. 7) Antwortsadresse der Kammer vom 2. April 1828, daselbst S. 1915 f. und Protokoll S. 1909.

2) Vgl. Sarwey, Monatsschrift Bd. VIII. S. 57., Württ. Archiv Bd. IV. S. 427; Bolley, Kommentar zur Pfandgesetzgebung Bd. II. S. 642. 643. Bd. III. S. 1275—1278. Wenn Bolley (Kom. Bd. III. S. 1275. 1276) in dem Art. 68 und namentlich in dessen Schlußsatz eine Anerkennung der von ihm früher aufgestellten Grundsätze erblickt, so ist dies nicht so zu verstehen, als ob seiner Auffassung nach die Annahme einer schon ursprünglich vorhandenen, dem Ehemann stillschweigend obliegenden Solidarhaft dem Artikel zugrunde läge. Vielmehr beschäftigen sich die von Bolley a. a. O., S. 1275 Note 2 zitierten Abhandlungen desselben Schriftstellers, deren Auffassung er nun zur Geltung gekommen glaubt, gerade mit der Frage, wie bei Auflösung der Errungenschaftsgesellschaft durch die renuntiatio acquaestus ein Klagrecht des Sozialgläubigers gegen den Ehemann auf das Ganze zu konstruieren sei. Und während der Verfasser in den Betrachtungen, S. 277. 278, von dem Satze ausging, daß ohne ausdrückliche Uebernahme der Solidarhaft durch den Ehemann bei gemeinschaftlich kontrahierten Sozialschulden der Gläubiger ein solches Klagfundament, auch nach Anrufung der weiblichen Freiheiten durch die Ehefrau, so wenig als vorher habe, war von ihm später in den dreiunddreißig Aufsätzen, S. 303—307, der Versuch gemacht worden, das Klagerecht des Sozialgläubigers auf das Ganze für den Fall der Anrufung der weib-

2) Auch der Art. 23 Abs. 3 des Pfandgesetzes kann für die oben unter I u. II erwähnten Anschauungen nicht verwertet werden. Denn, wenn hier ausdrücklich gesagt ist, das durch den Ehemann auf einem ihm zugehörigen Gut für eine gemeinschaftliche Schuld bestellte Unterpfand erstrecke sich auch ohne besondere Erklärung auf die ganze Schuld, so darf darum keineswegs die Anerkennung einer zuvor schon bestandenen Solidarhaft des Ehemanns dem Gesetzgeber unterstellt werden. Vielmehr war der hier ausgesprochene Satz schon vor Erlassung des Pfandgesetzes damit begründet worden[1]), daß die Verpfändung, soweit es sich um die Schuldhälfte der Ehefrau handle, als entweder von dem Ehemann namens der Ehefrau oder von dieser mit Einwilligung des Ehemannes vorgenommen anzusehen sei. Will man aber nicht annehmen, daß der Gesetzgeber, der von der persönlichen Haftung des Ehemanns unmittelbar überhaupt nicht spricht, diese nach den Grundsätzen über die Verpfändung einer fremden Sache mit Einwilligung des Eigentümers[2]) jedenfalls zulässige Anschauung zu der seinigen gemacht habe, will man vielmehr den Art. 23 Abs. 3 des PfGes. (wie dies allgemein geschieht) dahin verstehen, daß in dem hier vorgesehenen Falle die Uebernahme auch der persönlichen Haftung für das Ganze durch den Ehemann präsumiert werden

lichen Freiheiten aus der Natur der Entsagung des Acquästs theoretisch zu begründen. Die Anstellung dieses Versuchs, der durch Reinhardt, Lehre vom Gant, a. a. O. S. 274, bemängelt worden ist, wäre aber ganz überflüssig gewesen, wenn Bolley von der Annahme einer schon ursprünglich vorhandenen Samtverbindlichkeit des Ehemanns für alle Sozialschulden hätte ausgehen wollen. Was die Ansicht Bolley's über den Einfluß des Art. 68 des Pfandentwicklungsgesetzes auf die Frage der gesetzlichen Haftbarkeit der Eheleute für die Sozialschulden war, ergibt sich übrigens am deutlichsten aus dem von ihm in seinem Kommentar Bd. III. S. 1284 bei und in Note 4, Gesagten.

1) Vgl. Bolley, Lehre von öffentlichen Unterpfändern, S. 129. 130, und hiezu auch Kommentar Bd. I. S. 165.

2) S. Art. 6 Abs. 1 des Pfandgesetzes und für das frühere Recht Bolley, Lehre von öffentl. Unterpfändern § 39 S. 61 ff.

solle, so bestätigt gerade die Aufstellung einer solchen Präsumtion als ein Ausnahmegesetz das Vorhandensein einer Regel, wonach der Ehemann (in thesi) nicht solidarisch, sondern nur zur Hälfte für die gemeinschaftlichen Schulden haftet [1]).

3) Eher geeignet zur Unterstützung der Ansichten Ziff. I u. II scheint auf den ersten Blick die Bestimmung in Art. 9, Abs. 1 u. 2 des Pfandentwicklungsgesetzes, sofern hier besonders ausgesprochen ist, daß eine Ehefrau ohne ausdrückliche Erklärung für eine mit dem Ehemann gemeinschaftlich kontrahierte Schuld nicht auf das Ganze hafte, und man sich versucht fühlen könnte, vermöge des Schlusses auf das Gegenteil anzunehmen, daß bei dem Ehemann eine besondere diesfallsige Erklärung nicht nötig sei. Allein, daß letzteres nicht der Sinn des Gesetzes ist, ergibt sich einmal daraus, daß das Erfordernis der ausdrücklichen Erklärung rücksichtlich der Ehefrau im Zusammenhang mit den neu geregelten Förmlichkeiten der Interzession aufgestellt ist, und sodann auf das Bestimmteste daraus, daß der ausgesprochene Rechtssatz nicht nur für Ehefrauen, welche mit dem Ehemann, sondern für alle Frauen, die mit einem Andern gemeinschaftlich kontrahieren, gilt. Denn, daß das Pfandentwicklungsgesetz in Beziehung auf gemeinsam übernommene Verbindlichkeiten nicht durch die Ehe und die Errungenschaftsgesellschaft miteinander verknüpfter Personen an dem oben (bei Note 1 S. 350) erwähnten gemeinrechtlichen Grundsatz nichts ändern, daß es also nicht etwa ganz allgemein Jeden, der mit einer Frauensperson gemeinschaftlich sich einem Dritten obligiert, ohne Weiteres auf das Ganze haften lassen will, bedarf keiner Ausführung. Auf der andern Seite ist aber eine Auslegung, wodurch der Abs. 2 des Art. 9 einen weitergehenden Inhalt als der Abs. 1 desselben erhielte, schon durch die Fassung des Gesetzes ausgeschlossen.

C. Für die Annahme eines Gewohnheitsrechtes

1) Lediglich behufs Beseitigung dieser, seiner eigenen Lehre ungünstigen Auslegung der fraglichen Gesetzesstelle beschäftigt sich denn auch Reyscher, a. a. O., § 564 Note 12, mit derselben.

in der vorliegenden Materie könnte nur allenfalls zu gunsten der vierten Ansicht geltend gemacht werden, daß in der zweiten Hälfte des siebzehnten und der ersten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts die Rechtsgutachten der Tübinger Juristenfakultät [1]) den Standpunkt der Lauterbach'schen Dissertation eingenommen und in konstanter Praxis festgehalten haben [2]), wie denn auch von Römer, a. a. O. die Ausbildung eines Gewohnheitsrechtes [3]) im Sinne der Solidarhaft des allein kontrahierenden Ehemannes ausdrücklich bezeugt wird. Auf der anderen Seite fehlt es aber doch auch nicht an gegenteiligen Zeugnissen [4]) und Ergebnissen der Rechtsprechung [5]) aus späterer Zeit, und mußte schon der Umstand, daß die Meinungs-

1) Diese Rechtsgutachten bilden nach Wächter, württ. Privatrecht, Bd. I. S. 669 nahezu die einzige Erkenntnisquelle für die Praxis jener Periode.

2) Ferdinand Christoph Harpprecht, Konsultationen Vol. Nov. Pars III (1713) Cons. 69 Nr. 208—213 (vom 26. März (1710); Cons. 70 Nr. 55—58 (vom 25. Aug. 1711); Consilia Tubingensia, Collectio nova Bd. I—III (1731 u. 1732); Vol. I. 30 Nr. 66 (vom 13. Nov. 1688) 48. Nr. 3. (vom 29. Mai 1695); II. 47. Nr. 18. 42. 44 (speziell für die Solidarhaft des allein kontrahierenden Ehemannes); III. 295 Nr. 23 (vom 2. Juni 1682).

3) Wenngleich der Ausgangspunkt dieses angeblichen Gewohnheitsrechtes nach heutiger gemeinrechtlicher Theorie kaum mehr wird festgehalten werden können (s. o. S. 351 Note 1), bliebe immerhin zu erwägen, daß eine Rechtsanschauung, welche uns vermöge des Fortschreitens der Wissenschaft als unrichtig erscheint, darum noch nicht als irrig im Sinne der l 39 D. 1,3 betrachtet werden muß, und daß selbst eine entschieden irrtümliche theoretische Konstruktion unter Umständen die Unterlage für die Ausbildung eines giltigen Gewohnheitsrechtssatzes abgeben kann. (vgl. Windscheid, Pand. § 16 Note 3.)

4) So bezeugt Volley, 33 Aufsätze S. 294, daß die von ihm allerdings bekämpfte Praxis seiner Zeit geneigt war, die Sozialschulden durchweg, auch wenn vom Mann allein kontrahiert, zwischen Mann und Frau gleichmäßig zu verteilen.

5) Vgl. Hufnagel, Mitteilungen, Bd. II. S. 219 ff., wo in einem Erkenntnis des K. Gerichtshofs Tübingen vom 30. Juni 1846, übrigens ohne nähere Begründung, gesagt ist, daß der Ehemann, solange die weiblichen Freiheiten nicht angerufen werden, für die Sozialschulden nur zum hälftigen Anteil verbindlich sei. Sodann das S. 341 Note 1 oben an-

verschiedenheit in der Litteratur bis zur Stunde unvermindert fortbesteht, der Entwicklung einer auf die Ueberzeugung rechtlicher Notwendigkeit gegründeten gleichförmigen Uebung im höchsten Grade hinderlich sein.

Bleibt aber nach allem Bisherigen nur die Wahl zwischen der dritten und vierten Ansicht übrig, und hat die erstere ohne allen Zweifel das geschriebene Recht auf ihrer Seite, so wird man sich bei den der Anerkennung eines Gewohnheitsrechts im Sinne der vierten Richtung entgegenstehenden Bedenken mit den unter Ziff. III. genannten Schriftstellern für die Verneinung jeder Solidarhaft, auch des Ehemannes, entscheiden müssen [1]).

geführte Urteil des vormaligen K. Obertribunals vom 26. Oktober 1860, Württ. Archiv Bd. IV. S. 426 f., wo für das ältere, vor Erlassung des Pfandentwicklungsgesetzes geltende Recht die Regel der hälftigen Haftung beider Ehegatten ohne Erwähnung einer Ausnahme aufgestellt ist.

1) Dieses Ergebnis hat für die Praxis keineswegs so mißliche Konsequenzen, als dies auf den ersten Blick den Anschein haben mag. Denn bei gemeinschaftlich kontrahierten Sozialschulden ist in der That nicht abzusehen, was den mitkontrahierenden Dritten zu der Voraussetzung berechtigen sollte, „daß der Mann (vgl. Lang II. Aufl. S. 369) als Haupt des Hauses jedenfalls für die (ganze) Schuld hafte". Auch ist der Dritte ja nicht gehindert, diese etwaige Voraussetzung dadurch, daß er sie laut werden läßt, zur Vertragsbestimmung zu erheben. Kontrahiert aber der Ehemann allein, so wird in den bei weitem meisten Fällen mit dem sozialen Schuldverhältnis ein zweites Schuldverhältnis konkurrieren (s. o. S. 346 Note 3). Kauft z. B. ein nach württ. Landrecht verheirateter Weinhändler in eigenem Namen und ohne Erwähnung seiner ehelichen Verhältnisse Wein, so ist ja wohl zuzugeben, daß dieses Rechtsgeschäft nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge zur Entstehung einer Sozialschuld führen wird. Aber es geht doch gewiß zu weit, wenn Bolley, 33 Aufsätze, S. 291, die Frau in diesem Falle schon aus dem Kontrakt für die Hälfte der Schuld verbindlich werden läßt. Von der Frage der Beweislast und namentlich des in concreto erforderlichen Umfangs der Beweisführung kann hier abgesehen werden. Aber die rechtserzeugende Thatsache für die Verbindlichkeit der Frau ist doch in dem gedachten Falle nicht der Kontrakt, sondern einzig und allein die Thatsache der Verwendung. Hat beispielsweise der Ehemann den gekauften Wein behufs Tilgung einer Sonderschuld einem Dritten sofort an Zahlungsstatt gegeben, so wird wohl kein Gericht die Ehefrau zur

Obwohl hiemit das Thema der gegenwärtigen Erörterung erschöpft ist, dürfte es nicht unangemessen sein, im Anschluß an dieselbe auch noch der Durchführung der vorstehend entwickelten Grundsätze im Vollstreckungsverfahren einige kurze Bemerkungen zu widmen. Hiebei mag die sehr schwierige Frage, ob der Sozialgläubiger, soweit es sich um die Schuldhälfte der Ehefrau handelt, gegen diese oder gegen den Ehemann als den Vertreter der Errungenschaftsgesellschaft zu klagen hat [1]),

Zahlung der Hälfte des Kaufpreises verurteilen. Auf der andern Seite wird der Ehemann der auf das Ganze gerichteten Kaufsklage, auch wenn der Wein in das Errungenschaftsvermögen übergegangen ist, gewiß niemals mit Erfolg entgegenhalten können, daß er ja keine eigene, sondern nur eine Sozialschuld kontrahiert habe. Man muß sich, um das Verhältnis richtig zu durchschauen, nur auf den Standpunkt des Gegenkontrahenten stellen, der gewiß in den seltensten Fällen dieser Art darum, ob der Käufer verheiratet ist, oder vollends um sein eheliches Güterverhältnis auch nur im mindesten sich kümmern wird, und dem ebendeshalb weder erlaubt noch zugemutet werden kann, aus der — lediglich für den Eingeweihten ersichtlichen — „gesellschaftlichen Natur" des Rechtsgeschäftes den Schluß zu ziehen, daß er es bei Eingehung des Vertrages nicht mit dem Ehemann allein und für's Ganze, sondern je hälftig mit diesem und der Ehefrau zu thun habe. Da nun ein ausdrücklicher Vertragsabschluß namens der ehelichen Gesellschaft durch den Ehemann allein praktisch gewiß nicht häufig ist (vgl. Württ. Archiv Bd. XXI S. 243 f.), so wird der allein kontrahierende Ehemann allerdings thatsächlich fast immer in solidum haften, aber dies aus Gründen allgemeiner Natur, welche mit den partikularrechtlichen Grundsätzen über die Haftung für Sozialschulden lediglich nichts zu thun haben. — Eine solche Konkurrenz zweier Schuldverhältnisse hat wohl auch Griesinger Komm. Bd. IV. S. 1142 f., im Auge.

1) Daß gegen die Errungenschaftsgesellschaft als solche nicht geklagt werden kann, ist wohl selbstverständlich. Wird gegen Mann und Frau in demselben Prozesse geklagt, so wird die Verbindlichkeit des Urteils seinem ganzen Inhalte nach für den als Partei beteiligten Ehemann kaum in Zweifel gezogen werden. Wie aber, wenn der Gläubiger durch irgend welche Umstände veranlaßt ist, die Schuldhälfte der Ehefrau in besonderem Prozesse zu verfolgen? Muß derselbe hier den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das seiner Verwaltung unterworfene Vermögen der Ehefrau mitbelangen? (Vgl. Gaupp, Komm. z. C.P.O. § 51 Bem. V. 1., Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. XXVIII. S. 169, auch Pfizer, im Württ. Archiv Bd. XX. S. 27 Note 9.) Man wird der Bejahung dieser Frage wohl nur dadurch entgehen können, daß man alle beschränkenden Wirkungen des ehemännlichen Ver-

nur beiläufig erwähnt werden. Dagegen kann nicht unerörtert bleiben, in welche Bestandteile des ehelichen Gesamtvermögens die Vollstreckung einer Sozialschuld stattzufinden hat, da je nach Beantwortung dieser Frage das praktische Interesse an dem Umfang der persönlichen Haftung der Eheleute mehr oder weniger zurücktritt. Zunächst könnte man daran denken, daß in erster Linie die vorhandene Bruttoerrungenschaft das Exekutionsobjekt darstelle, und erst bei Unzulänglichkeit derselben

waltungsrechtes auf das Gebiet der Sachlegitimation verweist und den Ehemann schlechthin für verbindlich erklärt, die Vollstreckung der gegen die Ehefrau ergangenen Urteile in das seinem Gewahrsam und seiner Verwaltung unterworfene Vermögen der Ehefrau zu dulden. Mit der Rechtsanschauung, daß gewisse Verträge der Ehefrau, welche dieselbe ohne den Ehemann abgeschlossen, gleichwohl giltig, aber während der Ehe nicht vollstreckbar seien (Wächter in Sarwey's Monatschrift B. V. S. 419 ff.), ist diese Auffassung allerdings nur vereinbar, wenn man die aus solchen Verträgen erstrittenen Urteile mit einem Vorbehalt erlassen will. Ohne Zwang ließe sich dagegen die vorgeschlagene Regel mit der Fassung des § 712 der C.P.O. vereinigen. Denn der Satz, eine bewegliche körperliche Sache müsse, um der Pfändung ohne Weiteres zugänglich zu sein, im Gewahrsam des Schuldners sich befinden, ist doch sehr cum grano salis zu verstehen. Ist z. B. gegen einen entmündigten Geisteskranken ein Urteil zu vollstrecken, so wird der Gewahrsam an dessen Vermögen der Regel nach durch den Vormund ausgeübt werden. Obgleich aber bekannten Grundsätzen zufolge das Urteil nicht auf den Namen des Vormundes, sondern auf den der bevormundeten Partei abgestellt sein wird, vermag doch ein Widerspruch des Vormundes der nach § 712 der C.P.O. zu beurteilenden Pfändung gewiß nicht hinderlich zu sein. Es kann auch nicht eingewendet werden, daß es sich bei dem angeführten Beispiel um die Vertretung einer prozeßunfähigen Partei handle, eine prozessualische Vertretung der Ehefrau durch ihren Mann aber nach § 51 der C.P.O. ausgeschlossen sei. Denn bei dem Gewahrsam des § 712 der C.P.O. handelt es sich nicht um eine prozessualische Funktion, sondern um ein, zwar mit gewissen Rechtswirkungen verknüpftes, an sich aber rein thatsächliches Verhältnis. Die Ausübung der Detention ist ein rein außergerichtlicher Akt der Vermögensverwaltung, und wenn kraft gesetzlicher Vorschrift für gewisse Personen (gleichviel aus welchen Gründen) die Vermögensverwaltung und damit die Vermögensdetention einer anderen Person zusteht, so muß die Detention dieser letzteren offenbar so behandelt werden, als würde sie durch das Vermögenssubjekt (den verurteilten Schuldner) unmittelbar ausgeübt.

die beiderseitigen Sondergüter in Frage kommen. Die hiefür allein in Betracht zu ziehende Landrechtsstelle, Teil IV. Tit. 4, § 2 spricht jedoch, wie schon erwähnt, von einem ganz anderen Falle, der Tilgung der Schulden beim Tode eines Ehegatten, und in Ermanglung anderweitiger positiver Bestimmungen muß daher die Regel gelten, daß der Anspruch des persönlichen Gläubigers eben auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners, ohne Unterscheidung der Bestandteile dieses Vermögens, gerichtet ist. Als Gegenstand der Vollstreckung ergeben sich hienach für die Schuldhälfte jedes Ehegatten nach Wahl des Gläubigers, und natürlich auch nebeneinander:

a) das Sondergut des betreffenden Ehegatten,
b) sein ideeller Anteil an den einzelnen Stücken der Bruttoerrungenschaft.

Werden die hiedurch gezogenen Schranken überschritten, so muß [1]) dem in seinem Recht verletzten Ehegatten, und zwar dem Manne gerade so gut wie der Frau, die Klage nach [2]) § 690 der C.P.O. [3]) zustehen. Ebendeshalb wird aber der

1) muß, sofern die Zweckbestimmung jedes Prozeßgesetzes doch in letzter Konsequenz die Verwirklichung des materiellen Rechtes ist, und eine Auslegung desselben, durch welche das materielle Recht in sein Gegenteil verkehrt wird, ebendeshalb ohne zwingenden Grund nicht stattfinden darf.

2) „nach" § 690 der C.P.O., allerdings nicht in dem Sinne, als sei der materielle Klagegrund in dieser Gesetzesbestimmung zu suchen. Vielmehr ist es offenbar die Eigentumsklage, mit welcher der Ehegatte ihm gehörige Vermögensstücke, die für eine Schuld des andern Gatten gepfändet (im Liegenschaftsvollstreckungsverfahren zum Verkauf bestimmt) sind, nach Vorschrift des § 690 der C.P.O. herausverlangt. (vgl. hiezu Pfizer, in der Zeitschr. für freiwill. Gerbkt. Bd. XXIX S. 99).

3) Vgl. zunächst Zeitschr. f. freiwill. Gerbkt, Bd. XXIII. S. 298 ff., Bd. XXIV. S. 66 ff., XXV. S. 66 ff., 226 ff., sodann die Abhandlung im 2. Heft dieser Zeitschrift, oben S. 237 ff., welche abweichend von der Entscheidung des K. Oberlandesgerichts auch der Ehefrau die Widerspruchsklage verweigert. Daß der § 690 der C.P.O. nicht buchstäblich verstanden werden darf, darüber s. Gaupp, Komm. Bd. III. S. 211. Die buchstäbliche Auslegung würde dazu führen, daß die Widerspruchsklage der Ehefrau, abgesehen von dem Fall der Vollstreckung in ihr unbewegliches Sondergut, nur insoweit Platz greifen könnte, als sie

Sozialgläubiger wohl daran thun, die beiden Schuldhälften stets gleichzeitig wenigstens zur Vollstreckung zu bringen, da er andernfalls, soweit die Errungenschaft in Frage kommt, genötigt ist, sich an lauter, meist schwer oder gar nicht verkäufliche ideelle Eigentumshälften zu halten [1]).

auch außerhalb des Konkurses die weiblichen Freiheiten anrufen kann. Denn nur insoweit vermag sie den Ehemann an einer Veräußerung wenigstens ihres beweglichen Sondergutes zu hindern. Allein auch die Auslegung, wonach das Recht des Widerspruchsklägers den Veräußerungsakt als einen rechtswidrigen (wenngleich nicht rechtsunwirksamen) soll erscheinen lassen müssen, ist immer noch zu eng. Dies wenigstens dann, wenn man das Wort vom Standpunkt des Schuldners bei einer freiwilligen Veräußerung versteht, und nicht vom Standpunkt des Gläubigers, behufs dessen Befriedigung das Vollstreckungsobjekt veräußert werden soll. Der § 690 der C.P.O. ist offenbar im Zusammenhang mit § 712 und § 710 Abs. 1 auszulegen. Den in letzterer Gesetzesstelle genannten, zu einem Widerspruch gegen die Vollstreckung nicht führenden Rechten sind in § 690 der C.P.O. solche Rechte gegenübergestellt, welche zwar auch die Pfändung, also den Beginn der Zwangsvollstreckung, nicht ausschließen können, vermöge deren aber der dritte Berechtigte den Fortgang der Vollstreckung, die Veräußerung der gepfändeten (ausgewählten) Objekte zu hindern vermag. Welches diese Rechte seien, will die C.P.O. nicht bestimmen, sie hat nur die negative Bestimmung (in § 710 Abs. 1) gegeben, daß Pfand- und Vorzugsrechte ohne gleichzeitigen Besitz der Sache zu Anstellung einer Widerspruchsklage nicht berechtigen sollen. Im übrigen muß hier das materielle Landesrecht entscheiden, und nach diesem haftet, wie zu zeigen versucht wurde, jeder Ehegatte persönlich, damit aber auch sein Vermögen, nur für die Hälfte der Sozialschuld.

1) Vgl. Gaupp, Komm. Bd. III. S. 270, Bem. I. a. E.

XIV.

Beitreibung der Gerichtskosten.

Von

Oberlandes-Gerichtsrat Feyerabend.

In der Strafsache gegen den früheren Fabrikanten und jetzigen Fabrikdirektor F. in R. hat die Strafkammer des Land-

gerichts dem durch rechtskräftiges Urteil vom 1. März 1884 wegen einfachen Bankerutts zu achtmonatlicher Gefängnisstrafe und zum Ersatz eines Teils der Kosten des Verfahrens, sowie zur Bezahlung der Kosten der Untersuchungshaft und des Strafvollzugs verurteilten Angeklagten am 11. November 1884 durch Erteilung eines Zahlungsbefehls die Auflage gemacht, die ihm zugeschiedenen Kosten im dekretierten Betrag einschließlich der Gerichtsgebühr innerhalb der Frist von zwei Wochen bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung an das Kassenamt des Landgerichts zu bezahlen. Da F. dieser Auflage nicht nachkam, sich vielmehr gegen die Vollstreckung des Zahlungsbefehls unter Berufung auf seine Mittellosigkeit und auf die Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns, verwahrte, so hat die Strafkammer durch Beschluß vom 5. Dezember 1884 unter Verwerfung der erhobenen Einsprache angeordnet, daß bis zum Betrag der dekretierten Kostenforderung der auf 8000 M. p. Jahr sich belaufende Gehaltsanspruch des Schuldners bei dem Fabrikanten X., soweit er den Jahresbetrag von 1500 M. übersteige, gepfändet und der Gerichtsvollzieher mit dem Vollzug dieser Anordnung beauftragt sein solle.

Gegen diese Vollstreckungsverfügung und die Anordnung ihres Vollzugs hat namens des F. Rechtsanwalt L. sofortige Beschwerde an den Strafsenat des Oberlandesgerichts eingelegt und in derselben unter Berufung auf die Bestimmungen des angeführten Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses der Strafkammer beantragt.

Der Strafsenat hat am 11/18. Februar 1885 den Beschluß der Strafkammer vom 5. Dezember 1884 „insoweit derselbe nicht bloß die Verfügung der Zwangsvollstreckung (die Erlassung eines Vollstreckungsbefehls) enthält", wegen Unzuständigkeit der Strafkammer aufgehoben und der letzteren die Akten zur Besorgung des Weiteren zurückgegeben.

Hiebei ging der Strafsenat von folgenden Erwägungen aus: Die von dem Beschwerdeführer an den Strafsenat erhobene Beschwerde sei nach Art. 13 vergl. mit A. 5, Abs. 2

und A. 6 des Gesetzes vom 18. Aug. 1879, betr. die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich rechtlicher Ansprüche und § 701 C.P.O. statthaft. Die Zuständigkeit der Strafkammer zur Erlassung des Zahlungsbefehls und zur Verfügung der Zwangsvollstreckung beruhe auf A. 10 u. 11 des erwähnten Gesetzes. In der Justizministerialverfügung vom 25. März 1881, betr. die Behandlung der Gerichtskosten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und im Konkursverfahren [1]), § 11, Abs. 3 und in der Justizministerialverfügung vom 22. März 1882, betr. die Behandlung der Gerichtkosten in Strafsachen [2]), § 36, Abs. 2 sei ausgesprochen, daß die Beitreibung der Gerichtskosten im Zwangswege unter entsprechender Anwendung des Gesetzes vom 18. Aug. 1879, A. 10—13 auf Grund einer Verfügung des betreffenden Gerichts erfolge. Von weiteren durch Justizbehörden ergehenden (jedoch durch Justizbehörden nicht ausschließlich erfolgenden) Entscheidungen über öffentlichrechtliche Ansprüche seien in den Motiven zu A. 10—13 des Gesetzes angeführt: die (teils den Gerichten, teils andern Justizbehörden obliegenden) Sportelansätze, der nach A. 2 Ziff. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege von der Dienstaufsichtsbehörde des öffentlichen Rechners und Kassenbeamten zu erteilende, nach der Eröffnung vollstreckbare Ausspruch [3]), und die als Ordnungsstrafen zu erkennenden Geldstrafen [4]). Der Kreis der der Entscheidung von Justizbehörden unterliegenden öffentlich-rechtlichen Ansprüche sei hiemit nicht erschöpft, weitere Aufzählung sei jedoch nicht er-

1) Württ. Gerichtsblatt B. 19 S. 49 ff.

2) Württ. Gerichtsblatt B. 20 S. 182 ff.

3) vergl. Justizministerialverf. vom 4. März 1883 betr. das Kassen- und Rechnungswesen bei den Gerichten. Württ. Gerichtsblatt B. 21, S. 97 ff. § 10 Abs. 4.

4) bezüglich der Ordnungsstrafen und Zwangsmittel, insoweit sie nicht nach Maßgabe der Reichsjustizgesetze zu vollstrecken sind, und bez. der Disziplinarstrafen vergl. Verfügung der Ministerien der Justiz und der Finanzen v. 21. März 1882 betr. die Vollstreckung der von den Justizbehörden verfügten Vermögensstrafen und zuerkannten Bußen, württ. Gerichtsblatt B. 20 S. 142 ff. § 24. 27 und 28.

forderlich. Als zur Ausführung der Vollstreckung zuständig sei in Abs. 1 des A. 12 des gedachten Gesetzes diejenige Verwaltungsbehörde bezeichnet, deren Entscheidung zu vollstrecken sei. Der Absatz 2 füge jedoch bei „die nicht dem Departement des Innern angehörenden Verwaltungsbehörden haben mit Erwirkung des Vollzugs ihrer Entscheidungen [1]), soweit derselbe nicht durch Anwendung der Amts- oder Strafgewalt bewirkt werden kann, den Ortsvorsteher zu beauftragen, oder wofern es sich um andere als die in A. 3, Abs. 3 genannten Vollstreckungsarten handelt, an das Bezirksamt sich zu wenden". In der bestrittenen und von der Praxis verschieden beantworteten Frage, ob auf die Justizbehörden und speziell die Gerichte, insoweit die letzteren nebenbei als Verwaltungsbehörden Entscheidungen über öffentlich-rechtliche Ansprüche erlassen, der Absatz 1 oder der Absatz 2 des A. 12 anzuwenden sei [2]), vermöge der Strafsenat die Anwendbarkeit des Absatzes 1 nicht anzuerkennen. Zwar besagen die Motive zu Art. 10: der Ausdruck „Verwaltungsbehörden" in Abs. 1 dieses Artikels bezeichne den Gegensatz zu den Gerichten und Verwaltungsgerichten, begreife also insbesondere die Finanz-, Eisenbahn- und Postbehörden in sich; zwar besagen ferner die Motive zu A. 12 unter Verweisung auf A. 14 des Exekutionsgesetzes v. 15. April 1825 und auf A. 30 Abs. 2 der Novelle v. 13. Nov. 1855, die Vorschriften des Entwurfs stimmen mit dem bisherigen Recht überein; und es seien Gründe nicht ersichtlich, weshalb die Justizbehörden in den Befugnissen zur Ausführung der Vollstreckung ihrer Entscheidungen über öffentlich-rechtliche Ansprüche den dem Departement des Innern angehörenden Verwaltungsbehörden nicht gleichgestellt, sondern zur Angehung des Bezirksamts, worunter im Hinblick auf A. 3 Abs. 1 u. 4, A. 6 Abs. 1 u. A. 10 Abs. 1 des Gesetzes nur das Oberamt, nicht zugleich auch das Amtsgericht verstanden werden könne, genötigt sein sollen, zumal da wie-

1) vergl. Württ. Archiv B. 23 S. 283 ff.

2) vergl. Württ. Gerichtsblatt B. 19 S. 187 ff. B. 20 S. 100 ff. und S. 412 ff.

derum die Zuständigkeit des Oberamts in den Fällen des A. 3 Abs. 4 und 5 des Gesetzes durch die Zuständigkeit des Amtsgerichts beschränkt sei. Allein nach dem oben Bemerkten handle es sich nicht nur um Entscheidungen der Gerichte, sondern auch um Entscheidungen anderer Justizbehörden über öffentlich-rechtliche Ansprüche, und teilweise sei der Gegenstand der Entscheidung sowohl der Gerichte, als auch der andern Justizbehörden eine und dieselbe Art von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen. Mit Notwendigkeit fallen die andern Justizbehörden als Verwaltungsbehörden vermöge des klaren Wortlauts des Abs. 2 des A. 12 unter diesen Abs. 2, und bei dem Mangel irgendwelchen Anhalts in dem Gesetze erscheine es nicht als statthaft, zwischen den Gerichten, soweit sie als Verwaltungsbehörden funktionieren und den übrigen Justizverwaltungsbehörden in der Weise zu unterscheiden, daß die Gerichte unter den Abs. 1 des Art. 12 gestellt werden. Hienach habe die Strafkammer des Landgerichts, nachdem sie gegen den in dem Dekreturbeschluß für zahlungsfähig erklärten Beschwerdeführer den Zahlungsbefehl ohne Erfolg erlassen gehabt habe, sich darauf zu beschränken gehabt, die Zwangsvollstreckung zu beschließen und wegen der Erwirkung des Vollzugs, welcher im Wege der Pfändung der Gehaltsforderung des Beschwerdeführers erfolgen sollte, sich an das Oberamt zu wenden; die von der Strafkammer selbst zum Vollzug gebrachte Pfändung der Gehaltsforderung und deren Ueberweisung an das Kassenamt des Landgerichts sei wegen Unzuständigkeit der Strafkammer mit Nichtigkeit behaftet.

Am 4. März 1885 hat hierauf die Strafkammer des Landgerichts auf Grund des A. 12 des Gesetzes v. 18. Aug. 1879 die Vollstreckung des gegen F. am 11. Nov. 1884 erlassenen Zahlungsbefehls verfügt und gemäß A. 12 Abs. 2 dess. Gesetzes das Oberamt O. ersucht, die Zwangsvollstreckung einzuleiten. Das Oberamt ist diesem Ersuchen nachgekommen, indem es die Gehaltsforderung des F., soweit dieselbe den Betrag von 1500 M. übersteigt, pfändete. Gegen diesen dem Schuldner F. zugestellten Pfändungsbeschluß hat dessen Ver-

treter Beschwerde an die K. Kreisregierung erhoben, in welcher er die Zuständigkeit des Oberamts bestritt. Die K. Kreisregierung, welche von der Ansicht ausging, diese Zuständigkeit sei nicht begründet, wandte sich an das K. Ministerium des Innern und dieses setzte sich mit dem K. Justizministerium ins Benehmen.

Letzteres beauftragte das Plenum des Oberlandesgerichts, unbeschadet der Freiheit der Gesetzesauslegung im einzelnen Fall, sich über die Frage, ob das Gesetz vom 18. Aug. 1879 betr. die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche A. 10—13 auf die zwangsweise Beitreibung der Gerichtskosten in Strafsachen, sowie der Gerichtsgebühren und Sporteln in Civilsachen und in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit überhaupt anwendbar sei, und im Falle der Bejahung der Frage darüber, ob hiebei auf die Gerichte als Justizverwaltungsbehörden der Abs. 1 oder der Absatz 2 des Gesetzes anzuwenden und letztern Falls, welche Behörde bei der Zwangsvollstreckung wegen gerichtlicher Gebühren, Sporteln und Kosten als das „Bezirksamt" im Sinne des Abs. 2 des A. 12 zu betrachten sei, sich gutächtlich zu äußern.

Das Plenum des Oberlandesgerichts hat sich in seinem Gutachten vom 15. Nov. 1886 dem K. Justizministerium gegenüber dahin ausgesprochen:

1) daß die Vorschriften des A. 10—13 des oben angeführten Gesetzes auch auf die von den Gerichten in ihrer Eigenschaft als Justizverwaltungsbehörden getroffenen „Entscheidungen", zu welchen insbesondere der Ansatz der an die Staatskasse zu entrichtenden Sporteln und Gebühren in Sachen der streitigen, wie in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, die Feststellung der an die Staatskasse zu erstattenden Auslagen, insbesondere der Untersuchungskosten, sowie der Unterhaltungskostenbeiträge der Gefangenen zu rechnen seien, Anwendung finden.

2) Daß die genannten Entscheidungen der Gerichte in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörden unter den Abs. 2 des A. 12 des Gesetzes zu stellen seien und

3) daß die Gerichte als Verwaltungsbehörden mit der Mobiliarpfändung nach A. 12 Abs. 2 den Ortsvorstand zu beauftragen, mit der Forderungspfändung aber das nach § 729 C.P.O. zuständige Amtsgericht als Bezirksamt zu befassen haben.

Die Gründe waren:

Zu 1) das Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 hatte die Exekution wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche in A. 13 bis 16 und A. 22 behandelt. Hienach ist den Finanzbeamten gestattet, die Staatseinkünfte mittelst Einlegung von Presser selbst beizutreiben. Ist dieses Exekutionsmittel nicht anwendbar oder nicht zureichend, und auch die Hilfe der Ortsobrigkeit nicht wirksam, so haben sich „hinsichtlich der öffentlichen Schuldigkeiten jeder Art die k. Staatsfinanzbeamten zur Bewirkung der weitern exekutiven Maßregeln an das Oberamt und in höherer Instanz an die K. Kreisregierung zu wenden". Hinsichtlich der von den Oberämtern und von den Amtsgerichten einzuziehenden „öffentlichen Schuldigkeiten" — und solche existierten damals jedenfalls in der Gestalt von Sporteln — enthielt das Gesetz keine Bestimmung. Ebenso verhielt es sich mit der Exekutionsnovelle vom 13. Nov. 1855, welche in A. 30 besagt, „die Bestimmungen der vorstehenden Artikel finden auf die Beitreibung öffentlich-rechtlicher Forderungen analoge Anwendung, jedoch treten bei solchen an die Stelle des Oberamtsrichters der Oberamtmann".

Das allgemeine Sportelgesetz v. 23. Juni 1828, durch welches namentlich die Sporteln in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geregelt wurden, bestimmte in A. 2 „die Sporteln werden in dem Departement, in dessen Geschäftskreis der Gegenstand derselben einschlägt, durch die nach Gesetzen und Verordnungen zuständige Behörde angesetzt". Wer dieselben einzuziehen habe und wie dieselben beizutreiben seien, ist in dem Gesetze nicht gesagt, dagegen ist in § 7 der Instruktion zur Vollziehung dieses Gesetzes vom 21. Februar 1829 (Regbl. S. 77) vorgeschrieben, den Bezirksämtern (d. i. — cf. § 2 — Oberamtsgerichten, Oberämtern, Kameralämtern) liege ob: die Erhebung der an sie von den höheren Stellen ausgeschriebenen Sporteln,

sodann der Ansatz und die Erhebung der Sporteln in den ihrem Erkenntnis und ihrer Verfügung unterliegenden Fällen. Gleichermaßen ist auch in der Instruktion zu Behandlung des Sportelwesens bei den Oberamtsgerichten v. 2. Mai 1831 bemerkt, die Oberamtsgerichte haben teils selbst Sporteln anzusetzen und einzuziehen, teils die von höheren Behörden an sie ausgeschriebenen Sporteln zum Einzug zu bringen.

Also auch bei Erlassung des Sportelgesetzes wurde davon ausgegangen, daß durch Beschluß der Gerichte solche öffentlich-rechtliche Schuldigkeiten entstehen und daß die durch Beschluß der Gerichte entstandenen von den Gerichten zum Einzug zu bringen seien. Die Zwangsvollstreckung dieser öffentlich-rechtlichen Ansprüche erfolgte, troß des Mangels besonderer hiefür geltender gesetzlicher Vorschriften, ohne Anstand. Man bedurfte auch besonderer Vorschriften nicht, da als selbstverständlich angesehen wurde, daß die Gerichte von der ihnen bei der Vollstreckung gerichtlicher Urteile zukommenden Gewalt auch bei der Vollstreckung jener öffentlich-rechtlichen Ansprüche Gebrauch machen, und da die Gerichte bei der Vollstreckung dieser Ansprüche dasselbe Verfahren beobachteten, wie bei der Vollstreckung von Urteilen und sich insbesondere in beiden Fällen der Gemeindebehörden als der Organe der Zwangsvollstreckung bedienten.

Dies änderte sich, als durch das Ausführungsgesetz zur Civilprozeßordnung die Exekutionsgesetze v. 1825 u. 1855 außer Kraft gesetzt wurden. Nun war, wie in den Motiven zu dem am 12. Juli 1878 den Ständen übergebenen Entwurf eines Gesetzes über die Zwangsvollstreckung und den Arrest wegen öffentlich-rechtlicher Forderungen ausgeführt wurde [1]), eine neue Regelung der Zwangsvollstreckung auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts nicht zu umgehen, und zwar war diese Neuregulierung auch für die Vollstreckung der von den Gerichten in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörden erlassenen Verfügungen notwendig, denn die Bemerkung der Motive, daß

1) Verh. d. K. d. Abg. v. 1877/79 1. Beilagenb. 2. Abt. S. 484.

die Zwangsvollstreckung auf grund vollstreckbarer, dem Gläubiger vom Gerichtsschreiber ausgehändigter Schuldtitel im Verwaltungsverfahren nicht anwendbar sei, trifft bei den von den Gerichten als Verwaltungsbehörden getroffenen Verfügungen ganz ebenso zu, wie bei Verfügungen der Verwaltungsbehörden.

Daß nämlich den Gerichten, welchen nach § 4 des Einführungsgesetzes zum GVG. Geschäfte der Justizverwaltung übertragen werden dürfen, auch jetzt wie früher, ja sogar in größerem Umfang als früher, solche Verwaltungsgeschäfte übertragen sind, bedarf keiner Ausführung. Der Ansatz der an die Staatskasse zu entrichtenden Sporteln oder Gebühren, die Feststellung der an die Staatskasse zu erstattenden Auslagen, unter welchen insbesondere die Untersuchungskosten, sowie die Unterhaltskostenbeiträge der Gefangenen in Betracht kommen, erfolgt, wenn und soweit diese Geschäfte den Gerichten zugewiesen sind, durch dieselben in ihrer Eigenschaft als Justizverwaltungsbehörden. Daß das K. Justizministerium befugt war, diese Geschäfte den Gerichten aufzutragen, wie dies mittelst der verschiedenen in dieser Richtung ergangenen Verfügungen geschehen ist, kann nicht bezweifelt werden.

Das Gesetz vom 18. August 1879 regelt die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche in drei Abschnitten, von denen der erste von der Vollstreckung verwaltungsrichterlicher Urteile, der zweite von dem Schuldklagverfahren wegen öffentlich-rechtlicher Forderungen, der dritte von der Vollstreckung der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden handelt. Hieher gehört nur dieser dritte Abschnitt.

Um zu zeigen, von welcherlei Enscheidungen es sich handelt, führen die Motive eine Reihe von Verwaltungsakten auf, welche unter diesen Teil des Gesetzes fallen. Der Kommissionsbericht der Kammer der Abg. bemerkt in zutreffender Weise: Eine erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommender Verwaltungsakte ist bei der Vielseitigkeit des öffentlichen Dienstes selbstverständlich nicht möglich. Entscheidend für die Anwendbarkeit der vorliegenden Bestimmungen ist das Vorhandensein einer administrativen Entscheidung, Verfügung, oder Auflage,

bei welchen sich die Verwaltung auf dem ihr nach den bestehenden Gesetzen überlassenen Gebiete bewegt, hinsichtlich welcher durch die Gesetze einer Verwaltungsbehörde die endgiltige Entscheidung zugewiesen ist, und welche namentlich nicht zu den verwaltungsrichterlichen Entscheidungen nach den Bestimmungen des Gesetzes v. 16. Dezember 1876 A. 10—12 gehören.

Was hier ausgeführt ist zur Charakterisierung der unter die Art. 10—13 des Gesetzes fallenden Entscheidungen, trifft nun vollständig zu bei den genannten von den Gerichten in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörden getroffenen Entscheidungen. Daß die Anwendbarkeit des Gesetzes auf dieselben nicht darum verneint werden darf, weil die Benennung der Behörden sich nach der ihre Hauptaufgabe bildenden und ihre Stellung in der Behördenorganisation bestimmenden Thätigkeit richte, und darum die Gerichte innerhalb des Kreises der ihnen überwiesenen nicht richterlichen Geschäfte nicht als Verwaltungsbehörden aufgefaßt und bezeichnet werden dürfen, ist nicht zu bezweifeln; wenn das Gericht eine Verfügung in seiner Eigenschaft als Verwaltungsbehörde trifft, so ist diese Verfügung ein Verwaltungsakt und das Gericht war als Verwaltungsbehörde thätig; ob dies in der Bezeichnung des Beschlusses zu Tage tritt oder nicht, ist gleichgiltig.

Richtig ist allerdings, daß das Gesetz sein Augenmerk nicht ausdrücklich auf diese seitens der Gerichte ergangenen Verwaltungsakte richtet. Der Gerichte, als mit der Erlassung von Verwaltungsakten betrauter Behörden, geschieht weder in dem Gesetze noch in den Motiven noch in dem Kommissionsberichte eine Erwähnung und unter den von den Motiven genannten Beispielen findet sich keines, welches nur auf die Gerichte Bezug hätte. Allein daraus folgt nicht, daß das Gesetz auf diese Verfügungen keine Anwendung finde. Das Gesetz drückt sich ganz allgemein aus; die Motive sagen „der Ausdruck Verwaltungsbehörden bezeichne den Gegensatz zu den Gerichten und Verwaltungsgerichten.“ Daß darunter verstanden ist, „zu den als Gerichten und Verwaltungsgerichten fungierenden Behörden“ versteht sich von selbst, und es wird niemand

die Kreisregierungen als Verwaltungsbehörden ausschließen, weil dieselben auch Verwaltungsgerichte sind. Es bemerkt auch die Kommission der Kammer d. Abg., der Entwurf verstehe unter Verwaltungsbehörden sämtliche den verschiedenen Departements angehörigen Verwaltungsbehörden. Hienach ist nicht anzunehmen, daß die gesetzgebenden Faktoren die Gerichte als Verwaltungsbehörden von der allgemeinen Vorschrift des A. 10 haben ausnehmen wollen, und es liegt kein Grund zu einer einschränkenden Auslegung dieser Gesetzesbestimmung vor; es ist vielmehr die allgemein lautende Vorschrift auch allgemein zu verstehen und demgemäß auch auf die dem Wortlaut nach darunter fallenden Entscheidungen, welche die Gerichte als Verwaltungsbehörden treffen, zu beziehen.

Hiegegen können Gründe, welche dem Stadium der Verhandlungen über den Gesetzesentwurf im Schoße der Regierung, bevor dieselbe damit vor die Stände getreten ist, angehören, nicht in Betracht kommen, denn es hat die beschränkende Auslegung weder in dem Gesetzesentwurf, noch den Motiven, noch den ständischen Verhandlungen Ausdruck gefunden.

Zu Ziffer 2) hat sich das Plenum des Oberlandesgerichts der Entscheidung des Straffenats und der Begründung des dezisiven Teils dieser Entscheidung, daß nämlich die Zuständigkeit der Strafkammer zur Forderungspfändung nicht begründet gewesen sei, angeschlossen, weil der Abs. 1 des Art. 12 durch den Abs. 2 eingeschränkt werde und weil diesem Wortlaut gegenüber Gründe aus der Entstehungsgeschichte des Entwurfs und aus dem Vorstadium desselben im Schoße der Regierung nicht maßgebend seien.

Zu Ziffer 3) wurde ausgeführt: der Art. 12 wird in den Motiven [1]) lediglich damit motiviert, daß er mit dem bestehenden Recht übereinstimme, als welches die Art. 14 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825 u. Art. 30 Abs. 2 der Novelle vom 13. Nov. 1855 angeführt werden. Diese Gesetzesbestimmungen würden in der Anwendung auf

1) Zu vergl. auch Kommiss.-Ber. d. Kammer d. Abg. zu Art. 12.

Gerichtssporteln nach ihrem bloßen Wortlaut unabweislich dahin geführt haben, daß die Oberamtsgerichte die von ihnen zu verrechnenden Sporteln — im Gegensatz zu den den Kameralämtern zum Einzug zu übergebenden Sporteln der höheren Gerichte — mit Hilfe der Oberämter beizutreiben gehabt hätten, was in der ca. 50jährigen Geltungszeit des allgemeinen Sportelgesetzes niemals geschehen ist und von den Behörden des Departement des Innern sicherlich auch nie zugegeben worden sein würde; vielmehr haben auf grund des § 7 der Sportelinstruktion v. 21. Februar 1829 stets die Oberamtsgerichte in der daselbst § 2 auch ihnen beigelegten Eigenschaft von Bezirksämtern die in ihre Sportelrechnung aufgenommenen Sporteln selbst exekutivisch beigetrieben, beziehungsweise in eigenem Ressort durch die ihnen untergebenen Ortsbehörden beitreiben lassen. Dies ist der Zustand des im Jahr 1879 bestandenen Rechts, welcher nach den Motiven und dem Kommissionsbericht in A. 12 des Gesetzes vom 25. Aug. 1879 hat aufrecht erhalten werden wollen, und an welchem zu rütteln von niemand beabsichtigt worden ist. Ist dies richtig, so stimmt sogar die Nichtanwendbarkeit des A. 12 Abs. 1 auf die Gerichte mit dem bestehenden Zustand, welcher erhalten werden sollte, insofern wohl überein, als die exekutivische Beitreibung von Forderungen des öffentlichen Rechts durch Gerichte höherer Ordnung, insbesondere die Beitreibung von Sporteln durch das Obertribunal und die Gerichtshöfe nach den bestehenden Einrichtungen, wonach solche Forderungen von jenen teils an die Bezirksgerichte, teils an die Kameralämter auszuschreiben waren, nicht hat vorkommen können, und andererseits hat die Anerkennung fortdauernder Exekutionsgewalt der Bezirksgerichte (Amtsgerichte) für die in der Justizverwaltung erwachsenden Forderungen des öffentlichen Rechts ihren gesetzlichen Ausdruck in dem Wort Bezirksamt gefunden. Allerdings ist das Wort Bezirksamt in andern Stellen des Gesetzes in anderem Sinn, im Gegensatz zum Amtsgericht gebraucht worden, z. B. A. 3 Abs. 1. 2. 3. 5. Art. 6 Abs. 1, A. 8 Abs. 2; dies hindert aber nicht, das Wort Bezirksamt in A. 12 im weitern

Sinn zu verstehen, wenn die Materie der A. 1—9, Abschnitt I u. II des Gesetzes, eine ganz andere ist, und nach den unzweifelhaften Erklärungen der gesetzgebenden Faktoren gerade dieser Artikel den Rechtszustand nach dem Exekutionsgesetze und der Novelle hat aufrecht erhalten sollen, und während der Geltung dieser Gesetze die Bezirksgerichte nach 50jähriger Praxis und der geltenden Verordnung als Bezirksämter neben den Oberämtern zuständig gewesen, und als solche auch, wie auch sonst in Verordnungen und Verfügungen — insbesondere in der Instruktion zum Sportelgesetz vom 21. Februar 1829 §§ 2 und 7 — ausdrücklich bezeichnet worden sind. Hienach haben die Gerichte in ihrer Eigenschaft als Dekretur-Behörden für Gerichtskosten mit der Mobiliarpfändung nach A. 12 Abs. 2 den Ortsvorsteher zu beauftragen, mit der Forderungspfändung aber das nach § 729 C.P.O. zuständige Amtsgericht als Bezirksamt zu befassen, während wegen einer Immobiliarzwangsvollstreckung an das nach § 755 C.P.O. zuständige Amtsgericht als Gericht ohnehin alle Verwaltungsbehörden einschließlich der Gerichte sich zu wenden haben und schon aus §§ 729, 755 C.P.O. sich ergibt, daß auch ein Amtsgericht als Dekreturbehörde nicht eo ipso Bezirksamt im Sinne des A. 12 Abs. 2 und zuständiges Amtsgericht im Sinne des Art. 3 Abs. 5 ist, sondern beiderlei Kompetenzen nur zufällig bei jenem zusammentreffen können.

Das K. Justizministerium hat sich mit der gutächtlichen Aeußerung des Oberlandesgerichts einverstanden erklärt und hat hievon dem K. Ministerium des Innern und der Strafkammer des Landgerichts Kenntnis gegeben. Das K. Ministerium des Innern beschied demgemäß die K. Kreisregierung, worauf die letztere am 25. Jan. 1887 die angeführte oberamtliche Verfügung wegen Unzuständigkeit des Oberamts aufhob.

Nunmehr beschloß die Strafkammer des Landgerichts, das Amtsgericht zu O. zur Pfändung der Gehaltsforderung des F. zu veranlassen. Das Amtsgericht zu O. faßte hierauf den Beschluß, die Gehaltsforderung des F. bis zum Betrag der Kostenschuld bei dem Drittschuldner zu pfänden, und es wurde

dieser Beschluß dem Drittschuldner und dem Schuldner F. zugestellt. Hiegegen erhob nun letzterer wiederum sofortige Beschwerde bei der Civilkammer des Landgerichts, in welcher geltend gemacht wurde, F. sei keine im Privatdienst dauernd angestellte Person im Sinne des § 749 Abs. 3 C.P.O.; sein Gehalt sei vielmehr nach § 749 Ziff. 1 C.P.O. der Pfändung nicht unterworfen.

Am 18. Mai 1887 hat die Civilkammer des Landgerichts die Beschwerde des F. gegen den amtsgerichtlichen Beschluß verworfen, da F. als dauernd angestellt zu betrachten sei. F. erhob hierauf weitere Beschwerde bei dem I. Civilsenat des Oberlandesgerichts. Dieselbe wurde durch Beschluß vom 12. Juli l. J. zurückgewiesen, weil mit Vornahme der Pfändung der Gehaltsforderung des F. das Amtsgericht O. als Bezirksamt im Sinne des A. 12 Abs. 2 cit. zu beauftragen gewesen sei. Auf diese Zwangsvollstreckung sei durch A. 13 des gedachten Gesetzes der Art. 5 Abs. 2 dess. als anwendbar erklärt worden. Nach A. 5 Abs. 2 sei über die Beschwerde wegen Anträgen, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben zu beobachtende Verfahren betreffe, endgiltig von der K. Kreisregierung zu entscheiden, wenn die Beschwerde gegen das Bezirksamt gerichtet sei. Es sei hienach eine Beschwerde gegen den Beschluß der Civilkammer des Landgerichts, welche bei sinngemäßer Anwendung dieser Bestimmung an die Stelle der Kreisregierung zu treten habe, unstatthaft, da die Beschwerde lediglich Anträge der ebenbezeichneten Art zum Gegenstand habe und nur die Art der Zwangsvollstreckung betreffe.

Auch hiebei beruhigte sich F. nicht, sondern wandte sich mit einer weiteren Beschwerde an das Reichsgericht. Dieses verwarf die Beschwerde in Erwägung, daß das nach den Landesgesetzen sich regelnde Einziehungsverfahren der Gerichtskosten weder der Vorschrift des § 4 GKG. unterliege, noch überhaupt zu denjenigen Angelegenheiten gehöre, für welche das Reichsgericht verfassungsmäßig zuständig sei.

XV.

Art. 14 des Württemb. Forststrafgesetzes vom 2. Septemb. 1879.

Ueber die Befugnis der Privatforstbediensteten zu Beschlagnahmen gemäß Art. 14 des Württ. Forststrafgesetzes v. 2. September 1879 hat sich der I. Strafsenat des Reichsgerichtes in einem Urteil vom 23. Januar 1888 ausgesprochen. Bei der Wichtigkeit dieser die Auslegung einer landesrechtlichen Bestimmung betreffenden Entscheidung sieht sich die Redaktion veranlaßt, aus derselben Folgendes mitzuteilen:

K. H. v. U. war durch Urteil der Ferienkammer des K. Landgerichts H. vom 1. Sept. 1887 von der Anklage eines Vergehens des Widerstands gegen die Staatsgewalt — § 117 des St.G.B. — freigesprochen worden. Das Reichsgericht erkannte auf die Revision der Staatsanwaltschaft auf Aufhebung dieses Urteils nebst den demselben zugrund liegenden thatsächlichen Feststellungen und Zurückverweisung.

Es lag folgender Sachverhalt vor: der Angeklagte wurde in einem Wald des Freiherrn von G. von dem Waldschützen Sch., welcher von dem genannten Freiherrn für seinen Waldbesitz als Waldschütz angestellt und als solcher gemäß Art. 29 des Württ. Forststrafgesetzes vom 2. Sept. 1879 von dem Amtsgericht beeidigt worden ist, betreten, als er sich eben mit einer Tracht entwendeter, auf einem sogen. Reff (eine Art von Tragkorb) geladener Streu entfernen wollte. Sch. forderte den ihm persönlich bekannten Angeklagten zunächst auf, die Streu im Walde zu lassen, und legte, nachdem der Angeklagte nach anfänglichem Sträuben das Reff mit der Streu abgelegt hatte, ohne es übrigens los zu lassen, seine Hand auf dasselbe und erklärte ihm, Streu und Reff gehöre jetzt ihm, der Angeklagte könne nach Hause gehen. Nunmehr versuchte der Angeklagte dem Waldschützen das Reff zu entreißen, und versetzte dem Sch., welcher das Reff festhielt, mit der Faust einen

Stoß auf die Brust, daß dieser rücklings zu Boden fiel und das Reff loslassen mußte. Ehe sich Sch. wieder erheben konnte, nahm der Angeklagte das Reff an sich und verließ mit demselben, nachdem er zuvor die Streu auf den Boden geworfen hatte, den Wald. — Das Instanzgericht hatte angenommen, der nicht als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft anzusehende Waldschütz Sch. sei zu der Wegnahme des Reffs nicht befugt gewesen, habe also nicht in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes oder Rechts gehandelt, es seien weder §§ 94 ff. der R.St.P.O. noch Art. 14 des Württ. Forststrafgesetzes zur Konstruierung eines dem Sch. zustehenden Rechts auf die Beschlagnahme zu verwerten, wogegen die Revision geltend machte, daß auch die beeidigten Privatforstbediensteten auf Grund des Art. 14, Abs. 1 des Forststrafgesetzes zu Beschlagnahme der zu Begehung eines Forstdiebstahls gebrauchten oder bestimmten Werkzeuge berechtigt seien.

Das Reichsgericht führt nun aus: „Dieser Rechtsansicht der Staatsanwaltschaft ist entgegen den Ausführungen des Instanzgerichts beizupflichten, denn, wenngleich das Württ. Forststrafgesetz Art. 14 im Gegensatz zu dem Preußischen vom 15. April 1878, nach dessen § 15 die zum Forstdiebstahl gebrauchten oder bestimmten Werkzeuge eingezogen werden müssen, nur bestimmt, daß diese Gegenstände eingezogen werden können, so trifft doch alles dasjenige, was in dem Urteil des Reichsgerichts vom 20. November 1884 (Entscheidungen ꝛc. Band XI, Seite 321) in der Richtung, daß die vom Gesetz angeordnete Einziehung und Beschlagnahme von vornherein illusorisch würde, wenn der Waldeigentümer und die von ihm bestellten Forstaufseher nicht auch zur Beschlagnahme dieser Gegenstände bei dem von ihnen auf der That betretenen Forstfrevler berechtigt wären, ausgeführt worden ist, in gleicher Weise auch für die vom Württ. Gesetz allerdings nur fakultativ zugelassene Einziehung zu, welche in ihrer Endwirkung ebenso in die Luft gestellt wäre, wenn nicht der Privatwaldeigentümer und die von ihm bestellten Schutzpersonen die Befugnis hätten, zur Sicherung der vom Richter nach Befund der Umstände und seinem Er-

messen zu erkennenden Einziehung jener Gegenstände dieselben bei Betreten des Thäters sofort in Beschlag zu nehmen. Es ist denn auch diese aus der Anordnung des Art. 14 des Forststrafgesetzes sich von selbst ergebende Befugnis des Waldeigentümers und seiner bestellten Schutzpersonen bei der Beratung des Gesetzes in der Kammer der Abgeordneten von den Vertretern der Königl. Staatsregierung, den Staatsministern der Justiz und der Finanzen,

— Verhandlungen der Württ. Kammer der Abg. von 1877—79, IV. Protokollband, Seite 2321 u. 2376 —

wie auch unwidersprochen von einem Abgeordneten (Mohl) (— Verhandlungen eod. Seite 2374 —) ausdrücklich anerkannt, und deshalb in der Verfügung der K. Forstdirektion vom 30. Sept. 1879 § 5 den Forstschutzdienern aufgegeben worden, die zur Begehung eines Forstdiebstahls gebrauchten oder bestimmten Werkzeuge dem auf der That Betretenen abzunehmen, bezw. zu verwahren, um dem Gerichte die Einziehung derselben zu ermöglichen, wozu der Privatwaldeigentümer und seine bestellten Aufseher gemäß ihrer aus dem Begriff ihres Rechts abzuleitenden Befugnis und bezw. Verpflichtung, alle zur Erreichung des Zweckes des Forstschutzes erforderlichen Handlungen vorzunehmen, gleichfalls als berechtigt anzuerkennen sind. Indem hiernach der Privatwaldschütze Sch. zur Beschlagnahme von zu Begehung eines Forstdiebstahls bestimmten oder gebrauchten Werkzeugen beim Betreten des Thäters auf frischer That für befugt anzusehen ist, so hat er sich, wenn, was näher festzustellen, der beschlagnahmte Gegenstand unter die Kategorie der in Art. 14 des Forststrafgesetzes genannten, zu Begehung eines Forstdiebstahls gebrauchten oder bestimmten Werkzeuge gebracht werden kann, in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes und Rechts befunden und ein ihm hierbei geleisteter Widerstand unterliegt der Strafbestimmung des § 117 des St.G.B.“ H.

XVI.

Litterarische Anzeige.

Handbuch des Rechtshilfeverfahrens im Deutschen Reich und gegenüber dem Ausland. Von Ferdinand Böhm, Oberlandesgerichtsrat in Nürnberg. I. Teil: Rechtshilfe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Konkurssachen, 1886 (289 Seiten). II. Teil: Rechtshilfe in Strafsachen mit Sachregister für I. u. II. Teil, 1888 (331 Seiten). Erlangen, Verlag von Palm und Enke.

Der erste Teil des Werks beschäftigt sich mit den allgemeinen Grundsätzen über die Gewährung der Rechtshilfe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Konkurssachen im Verkehr zwischen den deutschen Gerichten unter einander und zwischen diesen und den ausländischen Gerichten, sowie mit den besonderen Bestimmungen über einzelne hiebei zur Sprache kommende Prozeßmaterien z. B. die Beweisaufnahme und die Vollstreckung ausländischer Urteile. Daneben erstreckt sich das Werk auch auf die Vorschriften über die prozeßrechtliche Stellung der Ausländer und den Rechtsverkehr mit dem Ausland im Allgemeinen, wobei namentlich die örtliche Gerichtszuständigkeit, die Prozeßfähigkeit, die Vertretung vor Gericht, die Sicherheitsleistung für Prozeßkosten, das Armenrecht, sowie auch die örtliche Herrschaft der Gesetze in Bezug auf Beweisfragen und die Ermittlung des fremden Rechts erörtert werden. In einer besondern Abteilung werden die Funktionen der deutschen Konsuln in Bezug auf den Rechtshilfeverkehr und die deutsche Konsulargerichtsbarkeit behandelt. Am Schluß sind angereiht Notizen über Gerichtsverfassung und Wirkungskreis der Gerichte einer Reihe von ausländischen Staaten. Entsprechend der Darstellung des ersten Teils enthält der zweite Teil die allgemeinen und besondern Bestimmungen über die Rechtshilfe in Strafsachen. Zugleich wird die räumliche Herrschaft der Strafgesetze, die örtliche Zuständigkeit der Gerichte und der Beamten der Staatsanwaltschaft, die Untersuchungshaft der Ausländer, die Sicherheitsleistung derselben für die Kosten, das Verfahren gegen Abwesende, die Vollstreckung und wechselseitige Mitteilung von Strafurteilen, die Einrichtung der Strafregister, die Ausweisung der Ausländer u. dgl. behandelt. Ferner ist der wesentliche Inhalt der internationalen Verträge über die Rechtshilfe in Bezug auf den Schutz von Werken der Litteratur und Kunst, den

gegenseitigen Marken-, Muster-, Firmen- und Patentschutz und in Bezug auf Forst-, Feld-, Fischerei- und Jagdfrevel 2c., der internationalen Schiffsfahrtsakte, der internationalen Konvention betreffend Maßregeln gegen die Reblaus und des Zollkartels mit Oesterreich dargestellt. Außer den Vorschriften über die Funktionen der deutschen Konsuln in Strafsachen werden sodann noch die Bestimmungen über die Schutzgewalt des deutschen Reichs in den Schutzgebieten derselben wiedergegeben. Am Schluß finden sich eine Reihe von Nachträgen und Zusätzen zu dem ersten und zweiten Teil des Handbuchs. Das ganze Werk zeichnet sich hienach durch große Reichhaltigkeit des Stoffs aus, welcher mit großem Fleiß, mit Sachkenntnis und Sorgfalt bearbeitet ist. Die einzelnen Quellen und insbesondere die zahlreiche Litteratur, aus welchen die Darstellung geschöpft ist, sind an den betreffenden Stellen genau angegeben, sodaß die unmittelbare Information leicht bewerkstelligt werden kann. Das Handbuch erscheint somit als eine verdienstvolle Arbeit, welche jedem Praktiker, der sich mit den einschlägigen Fragen zu beschäftigen hat, empfohlen werden kann.

Berichtigung.

S. 16 Linie 11 von unten statt „Verkäufer" „Käufer".

„S. 149 Linie 2 von oben bei Note 1): Der Inhalt der Note 1) ist dem Text beizusetzen".

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Q.

R.

S.

T.

U.

Z.